

Agir avec vous





LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHÉS DES ORGANISMES	
DE SÉCURITE SOCIALE	7
LES MISSIONS	8
Un rôle de conseil et d'accompagnement	8
Une compétence pour tous les organismes privés de Sécurité sociale	8
Une saisine obligatoire pour les marchés publics d'un montant égal	
OU SUPÉRIEUR À 4 MILLIONS D'EUROS HT	8
LA COMPOSITION	9
LES MEMBRES	9
Les rapporteurs	9
LE FONCTIONNEMENT	10
La saisine de la Commission	10
LE DÉPÔT DU DOSSIER	11
LE SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION	15
L'ASSISTANCE TECHNIQUE DE LA COMMISSION	16
L'OFFRE DE SERVICE EN DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE	16
LES TRAVAUX ET ACTIONS RÉALISÉS EN 2021	17
DONNÉES STATISTIQUES	19
LES DOSSIERS TRANSMIS	21
LES DOSSIERS TRANSMIS PAR RÉGIME ET ORGANISMES	22
LES PRESTATIONS FAISANT L'OBJET D'UNE SAISINE DE LA COMMISSION	23
LES PROCÉDURES UTILISÉES	23
FOCUS SUR LA TECHNIQUE D'ACHAT DE L'ACCORD-CADRE	24
LA DÉCISION DE PASSAGE OU NON EN SÉANCE DE LA COMMISSION	25
LES DOSSIERS EXAMINÉS EN SÉANCE DE LA COMMISSION	26
LES RECOMMANDATIONS ET CONSEILS DE LA COMMISSION	27
LA NOTE DE PRÉSENTATION	28
L'ANALYSE DU CONTEXTE ÉCONOMIQUE ET CONCURRENTIEL	29
LA MUTUALISATION DES ACHATS	30
LA DÉFINITION DU BESOIN	31
L'ALLOTISSEMENT	33
LE MARCHÉ GLOBAL	3/

LA TECHNIQUE D'ACHAT DE L'ACCORD-CADRE	35
LE MARCHÉ A TRANCHES	37
LE MARCHÉ DE MAITRISE D'OEUVRE	38
LES VARIANTES ET LES PRESTATIONS SUPPLÉMENTAIRES ÉVENTUELLES	40
LES OBJECTIFS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE	41
LA PROCÉDURE AVEC NEGOCIATION	43
L'AUDITION EN APPEL D'OFFRES	44
LES AVIS DE MARCHÉ	45
LE RÈGLEMENT DE LA CONSULTATION	47
LA SÉLECTION DES CANDIDATURES	48
LES CRITÈRES DE SELECTION DES OFFRES	49
LES CRITÈRES ENVIRONNEMENTAUX ET SOCIETAUX	51
L'ANALYSE ET LA NOTATION DES CRITÈRES	53
LES CLAUSES DE RÉEXAMEN	54
LES CLAUSES INCITATIVES	56
LES PÉNALITÉS	57
LA RÉSILIATION	58
LES CONSEILS EN DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE	59
LES ORGANISMES DEMANDEURS DE CONSEILS	61
LA NATURE DES DEMANDES DE CONSEILS	62
LES PRINCIPAUX CONSEILS EFFECTUÉS	62



En 2021 comme pour une partie de l'année 2020 la commission a pu fonctionner sur la base de réunions à distance.

Cette évolution des méthodes a pu se faire grâce à une informatisation précoce de ses outils, réalisée par la direction informatique de l'UCANSS.

Un applicatif complet permet aux membres et aux rapporteurs d'avoir accès à l'ensemble des documents fournis par les organismes à l'occasion de leurs projets de marchés grâce à un code confidentiel unique.

Ainsi la bonne circulation de l'information assure une continuité de service quelle que soit l'organisation du travail de chacun.

Dans ces conditions, la tenue des réunions a pu être effectuée avec constance selon un rythme mensuel respecté.

Même si les efforts faits par un secrétariat performant au sein de la Direction de l'Immobilier, de la RSO et des Achats de l'UCANSS sont unanimement salués et reconnus, il n'en reste pas moins que l'absence de réunion physique limite les échanges entre les organismes, les rapporteurs et les membres de la Commission.

C'est donc en formulant des vœux pour que se réalise en 2022 un équilibre souhaitable entre les outils de télé conférence et les réunions physiques que je présente ce rapport 2021.

On notera ici l'effort constant que manifeste notre Commission pour utiliser au mieux, c'est-à-dire dans l'intérêt du service public de sécurité sociale, les différentes facettes d'un droit de la commande publique en constante évolution.

Michel DURAFFOURG

Inspecteur général honoraire de l'IGAS

Président de la CCMOSS

LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHÉS DES ORGANISMES DE SÉCURITE SOCIALE

UNE INSTANCE RÉGLEMENTAIRE INTER RÉGIME AU SERVICE DES ORGANISMES DE SÉCURITE SOCIALE POUR LA PASSATION ET L'ÉXÉCUTION DE LEURS MARCHÉS PUBLICS



Un rôle de conseil et d'accompagnement

La Commission Consultative des Marchés des Organismes de Sécurité Sociale est une instance réglementaire inter régime chargée de fournir aux organismes de Sécurité sociale une assistance pour l'élaboration ou la passation des marchés publics.

Conformément aux dispositions de l'article 13 de l'arrêté du 19 juillet 2018, la Commission a un rôle de conseil et d'accompagnement qui intervient en amont de la procédure. Ses observations et recommandations tendent à améliorer les pièces du dossier de consultation et éviter les contentieux.

Elle doit ainsi veiller à la régularité des projets de marché qui lui sont soumis au regard de la réglementation applicable et des formalités obligatoires, en particulier le respect par les organismes des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Une compétence pour tous les organismes privés de Sécurité sociale

La Commission est compétente pour tous les projets de marchés publics soumis aux dispositions de l'article L124.4 du code de la Sécurité sociale.

Son champ de compétences couvre l'ensemble des organismes privés de Sécurité sociale assurant un régime obligatoire de Sécurité sociale (hormis les caisses nationales du Régime général qui ont le statut d'établissement public administratif). Il comporte aussi des organismes nationaux tels que l'UCANSS, la Caisse Centrale de la Mutualité Sociale Agricole, la Caisse Autonome Nationale de la Sécurité Sociale dans les Mines, les GIE et GIP financés majoritairement par des organismes relevant de la Sécurité sociale.

Une saisine obligatoire pour les marchés publics d'un montant égal ou supérieur à 4 millions d'euros HT

La saisine de la Commission est obligatoire pour les projets de marchés publics d'un montant égal ou supérieur à 4 millions d'euros HT (à l'exception des marchés subséquents à un accord-cadre). Elle s'effectue avant le lancement de l'avis de marché ou de la consultation.

La Commission est également saisie pour :

- Les projets de modifications qui rendent les marchés publics auxquels ils se rapportent passibles d'un examen de la Commission.
- ► Les marchés d'assistance à maitrise d'ouvrage ou de maîtrise d'œuvre, qui contribuent à la préparation des marchés principaux auxquels ils se rapportent.
- Les marchés complémentaires ou les marchés qui ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles du marché public initial et qui rendent les marchés auxquels ils se rapportent passibles d'un examen par la Commission.
- ↑ Tout marché public dont l'examen est décidé par les ministres de tutelles ou les organismes nationaux.



Les membres

La Commission est présidée par un inspecteur général de l'IGAS nommé par le Ministre chargé de la Sécurité sociale en raison de sa compétence en matière de marchés publics.

Elle est composée des membres suivants :

A **voix délibérative** : **5** membres représentants les conseils des Caisses nationales du Régime général et du Régime agricole et **4** membres experts représentants le Régime général.

A **voix consultative** : **1** représentant du Ministre de la Santé et des Solidarités, **2** représentants des Ministères économiques et financiers et **1** représentant du Ministre chargé de l'Agriculture.

Enfin, sur invitation du Président de la Commission, **3** représentants respectivement pour la CCMSA, l'UCANSS et la CANSSM, participent aux séances en tant que **membres invités**.

Membres de la Commission en 2021

President Michel DURAFFOURG Inspecteur géénral honoraire IGAS

Membres à voix délibérative

Administrateurs et administratifs

URSSAF Caisse Nationale Thierry MICOR (titulaire) - Raphaël MARGHERITA (suppléant)

CNAF Christophe BLANCO (titulaire) - Agnès HAUTIN (suppléante),

CNAV Jérémy DERNONCOURT (titulaire) - Nadine SAOUTI (suppléante)

CNAM Aurélia LEGEAY (titulaire) - Corinne MIMINI (suppléante),

CCMSA Claude BERTOLOTTI (titulaire) - Isabelle PAUX (suppléante)

Experts

URSSAF Caisse Nationale Maxime ROSSI (titulaire) – Laëtitia CAPRON-APARICI (suppléante)

CNAF Hervé BASTARD (titulaire)

CNAV Jean-Luc DE MUNCK (titulaire)

CNAM Brigitte JAUNY (titulaire) - Marie-Pascale VAN EECKHOUT (suppléante)

Membres à voix consultative

Direction de la Sécurité Sociale Véronique HUCHER

Ministère de l'Agriculture Denis ROUQUETTE (titulaire) - Delphine POSIN (suppléante)

Ministères économique et financier Agnès PLASSART (titulaire remplacée par Laurence COSTA) -

Laurence COSTA (suppléante remplacée par Michel LEJEUNE)

Membres experts invités

CCMSA Isabelle DEJEAN

UCANSS Benoit PETIT

CANSSM Sylvie ROBERT

Les rapporteurs

Conformément aux dispositions de l'arrêté du 19 juillet 2018, article 13 – alinéa 7, des rapporteurs extérieurs sont désignés pour étudier les dossiers soumis à la Commission et les présenter en séance.

Ces rapporteurs sont choisis parmi des membres en activité ou en retraite des corps de contrôle de l'Etat, du secrétariat de la CCMOSS, des agents de direction des organismes de Sécurité sociale ou des agents publics de catégorie A.

Rapporteurs en 2021

Sylvie FALCOZ - Sous Directrice Responsable des Achats Informatiques - CNAM

Laetitia PETILLON - Responsable de la commande publique - Mairie de Cestas

Marianne STELLA - Directrice du Patrimoine - UGECAM PACAC

Dominique GOUSSOT - Ancien vérificateur - Cour des Comptes

Pierre-Ange ZALCBERG - Responsable Département Marchés publics, Patrimoine, Assurances, Administration - Etablissement Français du Sang

Alexandre TIBERTI et François BLARD - Juristes marchés - Secrétariat de la CCMOSS



La saisine de la Commission

Tout projet de marché public relevant de la compétence de la Commission doit obligatoirement lui être transmis avant l'envoi de l'avis de marché ou le lancement de la consultation, et ce, quelle que soit la procédure retenue : appel d'offres ouvert ou restreint, procédure avec négociation, dialogue compétitif, procédure adaptée, etc.

Ainsi, la saisine de la Commission au stade de l'envoi de l'invitation à soumissionner dans le cadre d'un appel d'offres restreint n'est pas conforme aux modalités de fonctionnement qui ont été définies. Cette obligation de saisine dès le démarrage est constante depuis plusieurs années. En effet, cela permet de s'assurer que les conditions de participation fixées dans l'avis d'appel à la concurrence respectent bien les exigences en termes de besoin et de conditions d'exécution telles que définies dans les cahiers des charges

Les projets transmis par les organismes ne peuvent être pris en compte et faire l'objet d'avis ou d'observations de la Commission que s'ils comportent l'ensemble des pièces demandées dans le guide d'envoi des dossiers à la CCMOSS.

Le dossier doit comporter :

- Une note de présentation,
- L'avis de publicité,
- Le règlement de la consultation,
- ▲ Les projets de documents contractuels : AE, CCAP, CCTP, CCP, DPGF...
- ▲ Toute pièce nécessaire à la compréhension du dossier.

Les organismes doivent veiller à ce que le contenu des pièces soit exploitable et comporte des informations suffisantes pour constituer un véritable dossier de consultation soutenu par une note de présentation précise.

Le dépôt du dossier

Une plate-forme de dépôt dématérialisée des dossiers de saisine de la CCMOSS permet aux organismes de Sécurité sociale de disposer d'un accès lors de la période d'envoi du dossier définie pour chaque séance de la Commission.

La plate-forme offre, en permanence, aux membres de la CCMOSS et aux rapporteurs, un accès à l'intégralité des pièces des dossiers transmis à la Commission, qu'ils soient dispensés ou examinés ainsi que les rapports, les avis de la Commission, les lettres d'observations, les procès-verbaux des commissions.

L'accès direct à l'applicatif est le suivant :

https://ccmoss.ucanss.fr/TraiterLogin;jsessionid=d-KiHuXkTqkBVCnk+FOaKCVV



Les étapes de dépôt des dossiers pendant la période d'envoi des dossiers pour chaque séance

Etape 1	Demander la création d'un compte pour déposer un dossier de saisine
Etape 2	Déposer les fichiers du dossier de saisine
Etape 3	Valider et télétransmettre le dossier de saisine avant la date limite de dépôt

Un guide utilisateur est à la disposition des organismes depuis la page d'accueil de la plate-forme de dépôt des dossiers CCMOSS.

Le premier examen du secrétariat et la décision du Président sur la sélection ou non du dossier

Une fois les dossiers déposés sur l'application, le secrétariat de la Commission procède à un premier examen et rédige une fiche de première analyse.

Sur la base de cette fiche, le Président décide de sélectionner le dossier pour un examen par un rapporteur et en séance ou de le dispenser et de procéder à l'envoi d'une lettre d'observations.

La dispense d'examen en séance et l'envoi d'une lettre d'observations

Si le dossier n'est pas examiné par un rapporteur, l'organisme reçoit un courrier qui l'informe de la décision prise par le Président accompagné le plus souvent d'une fiche détaillée relevant les observations effectuées par le secrétariat. Il s'agit de remarques de forme relatives à des erreurs ou des insuffisances ainsi que des propositions de nouvelle rédaction. C'est le secrétariat qui rédige les observations ou recommandations.

Les lettres sont signées du Président et sont ensuite transmises directement à l'organisme.

Les dossiers dispensés concernent le plus souvent des projets de marché relatifs à des opérations de travaux présentés par des organismes relevant du Régime général ou des renouvellements de marchés déjà soumis à la Commission.

La présentation du dossier devant la Commission

Les dossiers qui font l'objet d'un examen en séance concernent, en général, des prestations avec des enjeux financiers importants, des montages juridiques complexes (partenariat d'innovation, dialogue compétitif, conception-réalisation ...) ou qui soulèvent des questions de principe. Les dossiers émanant d'organismes de Sécurité sociale qui ne bénéficient pas du soutien d'une caisse nationale sont souvent confiés à un rapporteur.

Ces dossiers font l'objet d'un rapport établi par un rapporteur choisi en fonction de sa spécialisation au regard du domaine concerné.

Le rapport est transmis 8 jours avant la tenue de la séance à l'organisme et à chacun des membres de la Commission. Ce délai permet donc aux organismes qui le souhaitent de répondre aux observations et remarques soulevées par le rapporteur. La Commission est d'ailleurs très réceptive au fait que les organismes transmettent à la Commission un document en réponse aux remarques du rapporteur, voire les pièces rectifiées.

Le dossier est examiné en séance en présence du ou des représentant(s) de l'organisme.

Après lecture du rapport par le rapporteur, le Président donne la parole aux membres de la Commission avec le souci de favoriser une discussion, à la fois informelle et approfondie, permettant à chacun de prendre la mesure des besoins de l'organisme, mais aussi des contraintes juridiques auxquelles il doit satisfaire.

Les avis sont rendus collégialement à l'unanimité des membres. Ils permettent le lancement de la procédure tout en comportant des recommandations destinées à améliorer les pièces du marché (Cf. partie recommandations de la Commission).

Le Président présente l'avis de la Commission en présence des représentants de l'organisme. Cet avis est ensuite confirmé par écrit dans les jours qui suivent la tenue de la séance.

Le rapport d'activité annuel

Chaque année, le secrétariat de la Commission élabore un rapport d'activité qui dresse le bilan de l'année écoulée. Une synthèse des avis et des conseils formulés par la Commission d'une part, et par le secrétariat dans le cadre de son activité de conseils d'autre part, est réalisée. Des données statistiques sont également présentes.

Le rapport d'activité est approuvé par les membres de la Commission, lors d'une séance du premier trimestre de l'année suivante.

LE SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION

UN SECRÉTARIAT ASSURÉ PAR L'UCANSS

AVEC UN RÔLE D'ASSISTANCE TECHNIQUE

POUR LES DOSSIERS DE LA COMMISSION

ET D'OFFRE DE SERVICE EN DROIT DE LA

COMMANDE PUBLIQUE



Pour le compte de la Commission, le secrétariat assure les fonctions suivantes :

- ▲ La préparation, l'organisation et le secrétariat administratif des séances,
- ↑ Le premier examen approfondi des dossiers en préalable à la décision du Président,
- ▲ La rédaction des lettres d'observations sur les projets de marché dispensés d'un examen en séance et des projets d'avis émis par la Commission,
- L'établissement du procès-verbal de chaque séance, la rédaction du rapport d'activité annuel,
- La participation à une mesure d'accompagnement,
- ▲ La préparation et l'organisation du séminaire de la Commission.



Conformément aux dispositions de l'article 16 – III de l'arrêté du 19 juillet 2018, le secrétariat de la CCMOSS est investi d'un rôle de conseil juridique en droit de la commande publique auprès de l'ensemble des organismes de Sécurité sociale qui peuvent solliciter des précisions sur la réglementation, des demandes de conseils sur les difficultés rencontrées lors de la passation et exécution de leurs procédures, les contentieux, des demandes d'accompagnement pour la réalisation de procédures etc...

Ce rôle de conseil, assuré au titre du secrétariat de la CCMOSS, est effectué par le département juridique de la Direction de l'Immobilier et des achats, de l'UCANSS.

Les conseils sont principalement effectués sous la forme de réponses écrites par mail, voire le cas échéant de réunions avec l'organisme demandeur (cf. partie synthèse des conseils formulés par le secrétariat).

Le département juridique assure, par ailleurs, une fonction de conseil juridique pour le compte des autres directions de l'UCANSS, en particulier le département immobilier.

Il élabore également tout un ensemble de documents tels que : une newsletter mensuelle en droit de la commande publique, des fiches de procédures, des guides et mémo pratiques, des notes techniques, des modèles de pièces administratives etc.

Toutes ces publications sont accessibles sur les réseaux sociaux U ACHATS et U IMMO.

LES TRAVAUX ET ACTIONS **RÉALISÉS EN 2021**

Interventions auprès d'organismes de Sécurité sociale

Sur sollicitation des organismes de Sécurité sociale, le département juridique peut mettre en place des journées de formation ou d'information sur certains points de la commande publique ou sur les modalités spécifiques de passation des marchés des OSS.

Il peut également accompagner les organismes qui rencontrent certaines difficultés dans le domaine des marchés.

C'est ainsi qu'il est intervenu en 2021, à la demande de la Caisse Nationale des Barreaux Français pour préciser le rôle de la Commission des marchés et sensibiliser les administrateurs, membres de cette Commission, au droit de la commande publique.

Une action de formation et de sensibilisation des agents de la direction de la formation professionnelle de l'UCANSS au droit de la commande publique et au processus d'achat interne à l'UCANSS a également été organisée en fin d'année.

Participation à des groupes de travail

Le département juridique participe régulièrement, en tant que représentant de l'UCANSS, à différents groupes de travail, en particulier ceux mis en place par la DAJ de Bercy ou la Direction des Achats de l'Etat.

En 2021, le département juridique a apporté sa contribution au groupe de travail mis en place par l'Observatoire Economique de la Commande Publique sur les travaux de refonte du guide « Le prix dans les marchés publics ».

DONNÉES STATISTIQUES

CHIFFRES CLÉS 2021

36dossiers pour un
montant estimatif de
1770 823 548 € HT

42 %de dossiers examinés en séance

67%de dossiers passés
en procédure d'appel
d'offres

81 % de dossiers entre 4 et 20 millions € HT

58%de dossiers présentés par le Régime général

72 %de dossiers pour des prestations de service

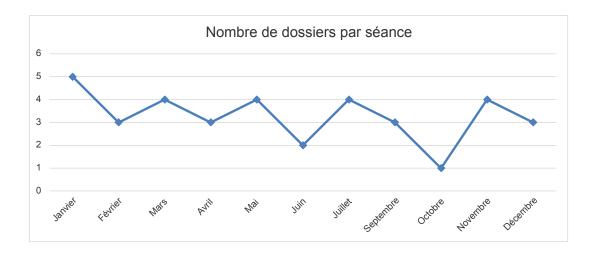
55 %
de dossiers passés
selon la technique
d'achat de
l'accord-cadre



36 dossiers, pour un total de **1770 823 548 € HT**, ont été transmis à la Commission en 2021 (35 dossiers en 2020 pour un montant de 339 111 986 € HT).

La fluctuation à la hausse ou à la baisse, qui est constatée chaque année, que ce soit, pour le nombre de dossiers soumis à la saisine de la Commission et le montant estimatif est pour partie liée à la durée des différentes COG du régime général, notamment sur le lancement des projets de marché dans le domaine de l'immobilier.

Le montant prévisionnel des marchés publics reste, également, à relativiser car il n'est que le reflet approximatif du montant des achats qui seront réellement effectués; les chiffres annoncés au moment du lancement de la procédure ne correspondant qu'à des estimations.



Plus des 2/3 des dossiers ont un montant estimatif supérieur au seuil de saisine obligatoire, Les 31 % des dossiers en deçà du seuil de saisine concernent des projets de marchés annexes concourant à la réalisation d'une opération - le plus souvent de travaux - dont le montant estimatif est égal ou supérieur à 4 millions d'euros HT.

A noter que parmi les 7 dossiers dont le montant prévisionnel se situe au-dessus de 20 millions d'euros, deux dossiers ont un montant estimatif de plus de 300 millions d'euros. Il s'agit de dossiers présentés par la centrale d'achat de l'UCANSS pour la distribution et l'acheminement de courriers d'une part et pour la fourniture et l'acheminement d'électricité d'autre part.

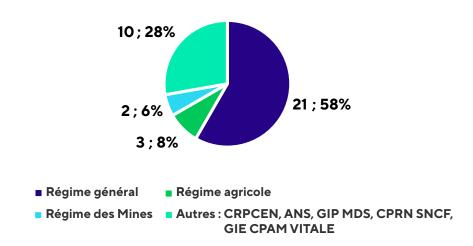
DOSSIERS TRANSMIS PAR TRANCHE	NOMBRE	%
inférieur à 4 millions	11	31%
de 4 à 9,99 millions	11	31%
de 10 à 19,99 millions	7	19%
Supérieur à 20 millions	7	19%
TOTAL	36	100%

LES DOSSIERS TRANSMIS PAR RÉGIME ET ORGANISMES

Conformément à leur place au sein de la Sécurité sociale, ce sont les organismes du Régime général (CPAM, CAF, CARSAT, URSSAF, UIOSS, UCANSS) qui présentent le plus de dossiers pour le montant estimatif le plus élevé.

Dans la rubrique – autres - figurent des grands opérateurs de service public de la Sécurité sociale comme le GIE SESAM Vitale, le GIP MDS, l'ANS mais également la CANSSM, la CPRN, la CRPCEN et la CRP SNCF.

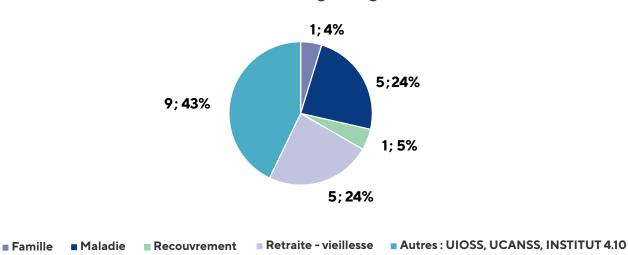
Dossiers transmis par régime



L'essentiel des dossiers transmis en 2021 par le Régime général est présenté par la branche Maladie suivi par la branche Famille et les branches Retraite et Recouvrement.

A noter cependant, que la catégorie « autres » constitue presque la moitié des dossiers présentés. Il s'agit de dossiers provenant de la centrale d'achat UCANSS, d'UIOSS et de l'Institut 4.10.

Dossiers Régime général





Les prestations faisant majoritairement l'objet d'une saisine de la Commission sont, de façon constante, les prestations de services.

Il s'agit majoritairement de marchés portant sur des prestations intellectuelles (marchés comportant nécessairement des obligations spécifiques significatives liées à la notion de propriété intellectuelle) : assistance à maitrise d'ouvrage, maitrise d'œuvre, tierce maintenance, exploitation/gestion d'infrastructures, expertises, qualification etc...

Ainsi en 2021, 72 % des dossiers ont concernés des prestations de services en nombre de dossiers (26 dossiers). En termes de montant ils ont représenté 76,3 % (1 352 012 184 € HT).

C'est sur ce type de prestations que les grands opérateurs de Sécurité sociale, classés dans la rubrique « autres », et la centrale d'achat de l'UCANSS soumettent essentiellement des dossiers.

	TRA	VAUX	FOUR	NITURES	SER	VICES	TOTAL
2021	NB DOSSIERS	MONTANT € HT	NB DOSSIERS	MONTANT € HT	NB DOSSIERS	MONTANT € HT	€HT
Régime général	4	51 248 940	2	308 533 333	15	1236 545 209	1596 327 482
Régime agricole			1	15 000 000	2	23 484 000	38 484 000
Régime des mines	1	9 697 091			1	7200000	16 897 091
Autres	2	34 332 000			8	84 782 975	119 114 975
TOTAL	7	95 278 031	3	323 533 333	26	1 352 012 184	1770 823 548



LES PROCÉDURES UTILISÉES

Pour 24 dossiers, soit environ 67 %, le choix a été fait de recourir à l'appel d'offres, procédure qui constitue l'une des trois catégories de procédures formalisées de la commande publique.

PROCÉDURE	NOMBRE DE PROCÉDURE	MONTANT EN €
Appel d'offres	24	1152 831 166
Dialogue compétitif	1	33 200 000
Procédure adaptée	5	547 966 600
Procédure avec négociation	6	36 825 782
TOTAL	36	1770 823 548



Le recours à la technique d'achat de l'accord-cadre est désormais largement plébiscité par les organismes.

En 2021, **20 dossiers, soit 55** % de l'ensemble des dossiers transmis, sont des marchés passés sous forme d'accords-cadres. Ils sont majoritairement mono-attributaires et concernent essentiellement des prestations de services.

Pour 14 dossiers, l'accord-cadre est à bons de commande.

Plus de la moitié des accords-cadres est sans montant minimum ni maximum (12 dossiers).

Le montant total des marchés passés sous forme d'accords-cadres représente 1 675 624 283 €HT soit 94,8 % du montant total estimé des dossiers.

	TRAVAUX		FOURNITURES		SERVICES	
	Nb dossiers	Montant €HT	Nb dossiers	Montant €HT	Nb dossiers	Montant €HT
Accords- cadres mono- attributaires	1	14 332 000	1	15 000 000	15	1287758950
Accords- cadres multi- attributaires	1	20 000 000	1	306 533 333		
Accords- cadres mixtes multi- attributaires					1	50 000

	NB DOSSIERS	MONTANT€HT
Accord-cadre avec mini et maxi	3	33 284 000
Accord-cadre avec mini et sans maxi	2	23 332 000
Accord-cadre sans mini et avec maxi	3	335 341 308
Accord-cadre sans mini ni maxi	12	1 283 666 975
TOTAL	20	1 675 624 283

LA DÉCISION DE PASSAGE OU NON EN **SÉANCE DE LA COMMISSION**

21 dossiers - soit 58 % des dossiers - ont été dispensés d'un passage en séance de la Commission et ont fait l'objet d'une lettre d'observations. Ils représentent en montant 1 137 938 121 € HT soit 64 % du montant total des dossiers.

A noter que pour **1 dossier**, il a été demandé un report à une séance ultérieure afin de permettre à l'organisme de revoir complétement les pièces de son dossier de consultation.

14 dossiers - soit 42 % des dossiers - ont été présentés en séance et ont fait l'objet d'un examen par un rapporteur. Ils représentent un montant total estimatif de 599 685 927 € HT soit 33 % du montant total des dossiers.

ÉXAMINÉS	DISPENSES	REPORT SEANCE ULTERIEURE	TOTAL
14	21	1	36
599 685 927 €HT	1 137 938 121 €HT	33 200 000 €HT	1770 823 548 €HT



ORGANISME	OBJET	MONTANT PRÉVISIONNEL € HT
Institut 4.10	Achats de formation certifiantes ou non dans le domaine de la formation professionnelle	12 000 000
URSSAF PACAC	Maitrise d'œuvre pour la déconstruction/reconstruction du site de Marseille Viton	2 000 000
GIE iMSA	Fourniture, maintenance, prestations de services associés et documentation de systèmes Unix, CISC et périphériques associé	15 000 000
CARSAT CENTRE OUEST	Maitrise d'œuvre pour l'extension et la réhabilitation du siège administratif de la Carsat	1725 000
CAF du NORD	Maitrise d'œuvre pour la réhabilitation du siège	635 427
CPRN	Travaux tout corps d'état relatifs à l'entretien et la rénovation du patrimoine de la CPRN	20 000 000
CPRP SNCF	Tierce maintenance applicative et d'exploitation TME TMA NTIC des applications de la CPRPSNCF	9 000 000
GIE SESAM VITALE	Assistance technique relative à des projets de réalisation logicielle	13 875 000
GIE SESAM VITALE	Hébergement et exploitation Appli Carte Vitale	6 400 000
UCANSS	Services d'acheminement et de distribution des courriers pour le compte des centres éditiques industriels et non industriels de la sécurité sociale	485 000 000
CCMSA	Déploiement national de l'expérimentation de la plateforme LISIE	6 900 000
GIP MDS	Tierce maintenance applicative de l'ensemble des traitements du GIP-MDS	9 200 000
UGECAM PACAC	Travaux de construction neuve de la Maison d'Accueil Spécialisée à Collobrières	12 545 000
ANS	Accompagnement et conseil stratégique en communication opérationnelle, digitale, événementielle et presse	5 405 000
TOTAL		599 685 427 € HT

LES RECOMMANDATIONS ET CONSEILS DE LA COMMISSION

DES RECOMMANDATIONS ET CONSEILS
AYANT COMME OBJECTIF D'ASSURER
LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DES PROJETS
DE MARCHÉS EN PARTICULIER CEUX AVEC
UN ENJEU STRATÉGIQUE ET FINANCIER
IMPORTANT



Conformément aux dispositions de l'article 15 de l'arrêté du 19 juillet 2018, la saisine de la Commission, effectuée par le dépôt des pièces du projet de marché public, s'accompagne d'une note de présentation comprenant des éléments bien précis.

Il s'agit d'un élément indispensable dont la rédaction doit être particulièrement soignée. Elle doit permettre de comprendre au mieux le projet de marché présenté à la Commission, en particulier :

L'environnement dans lequel s'inscrit le projet de marché

Il convient ainsi d'indiquer les éléments explicitant le lancement du marché, la place du marché au sein d'une opération ou d'une architecture par exemple.

Si le projet de marché constitue un renouvellement, il est demandé de préciser les conditions dans lesquelles il intervient (date d'échéance, le(s) titulaire(s) du marché public précédent, les éléments de bilan sur l'exécution du marché antérieur, la continuité des marchés et l'évolution éventuelle de l'allotissement.

- Le contexte économique du marché avec des précisions sur la veille fournisseur effectuée L'indication que plusieurs prestataires seront intéressés par la consultation est insuffisante. Des développements sur la veille fournisseur effectuée (rencontre avec les fournisseurs, typologie des entreprises susceptibles de répondre, « sourcing » etc.) sont nécessaires.
- Le montage contractuel/choix de la procédure Forme du marché (marché simple, accord-cadre, concours, partenariat d'innovation), groupement de commandes (indiquer les organismes associés), procédure retenue.
- L'allotissement retenu et sa justification au regard d'un argumentaire complet
- La justification du recours à un marché global

Un argumentaire étayé doit figurer dans la note, ce qui permet à la Commission de s'assurer que l'organisme aura la capacité d'apporter les éléments justifiant de son choix.

La définition du besoin et de l'objet du marché public

Il s'agit de donner les raisons objectives qui rendent nécessaire l'acquisition prévue, de définir la prestation effectuée ou les travaux réalisés et d'en expliciter les particularités.

Il convient également de préciser la durée du marché public ou la date prévisionnelle de début ou de fin du marché, d'indiquer le montant du marché public en signalant les éléments pris en compte pour son évaluation; s'il s'agit d'un accord-cadre à bons de commande, expliquer le choix du montant minimum et/ou du montant maximum ou, éventuellement, l'absence de montant minimum. Indiquer comment s'effectuent le suivi et le retour d'expérience de la commande et justifier dans le cas d'un marché à tranches optionnelles la fonctionnalité des tranches et leur affermissement.

- Les critères de jugement des offres, les dérogations aux CCAG.
- La méthode de notation des critères de jugement des offres
- Le calendrier prévisionnel de passation de la procédure qui doit permettre de s'assurer du bon respect des délais réglementaires.

Les observations de la Commission

La Commission fait encore le constat que la note de présentation est parfois rédigée trop succinctement. Cette carence ne permet pas au secrétariat, au rapporteur et aux membres de la Commission d'appréhender correctement l'ensemble des éléments du dossier.

La Commission rappelle que la note de présentation est le premier document qui est consulté. A ce titre elle doit réunir tous les éléments de compréhension concernant le projet de marché public. Une note de deux ou trois pages recto-verso est considérée comme insuffisante. Les points demandés doivent faire l'objet d'un développement minimum.

La rédaction de la note de présentation doit être en cohérence avec les pièces du marché public.

Ainsi, à l'occasion de l'examen de plusieurs projets de marché, des remarques ont été formulées sur la transmission d'une note de présentation dont le contenu était trop succinct et ne permettait pas d'avoir une bonne connaissance du dossier, en particulier sur les points importants comme le contexte actuel du futur marché, l'exécution du marché en cours, les difficultés éventuelles rencontrées, le montage contractuel, le choix des critères.



La préparation de la procédure constitue l'étape indispensable pour que l'achat soit réalisé dans les meilleures conditions.

Elle passe par la mise en œuvre d'une concurrence satisfaisante qui se réalise au travers d'études et d'échanges préalables avec les opérateurs économiques afin d'aboutir à une bonne détermination du besoin, une forme de consultation et de contrat appropriés, une définition correcte de l'objet, une prise en compte de critères environnementaux et sociaux, de clauses d'exécution.

La pratique du « sourçage » selon l'expression utilisée par le droit communautaire pour « sourcing » est légitimée par les articles R 2111-1 (études et échanges préalables avec les opérateurs économiques) et R 2111-2 (participation d'un opérateur économique à la préparation du marché) du code de la commande publique (CCP).

Afin de ne pas fausser la concurrence, l'acheteur doit prévoir des mesures de nature à contenir le risque d'un avantage concurrentiel de l'opérateur « qui aurait eu accès, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires, en raison de sa participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation de cette procédure ».

Ainsi, en vertu du principe de l'égalité de traitement des candidats, l'acheteur doit assurer la diffusion, à l'ensemble des candidats à la procédure, des informations qui ont été communiquées par l'acheteur à un opérateur lors de l'analyse du contexte économique et concurrentiel. qui a servi à préparer le marché

Enfin, lorsque la procédure est lancée, il convient de respecter le principe suivant : aucun contact même informel ne doit être pris avec les entreprises candidates.

Une bonne connaissance du contexte de chaque achat et du secteur économique pouvant y répondre s'acquiert par :

- l'établissement d'une cartographie des achats,
- la participation régulière à des salons professionnels,
- la visite des entreprises,
- 🦰 des rencontres avec les fournisseurs en amont du lancement de la consultation, rencontres qui permettent de mieux appréhender le domaine concurrentiel et les capacités des opérateurs à répondre sans surcoûts aux exigences de l'acheteur et de mieux connaître l'offre de technologies et de produits existants. Cela permet également de repérer les solutions innovantes qui peuvent être proposées,
- ← la prise de connaissance des documentations professionnelles, notamment les guides de la Direction des Achats de l'Etat (DAE)

Par ailleurs, il est recommandé aux acheteurs de rédiger une Charte de déontologie de l'achat. Il s'agit d'un document interne qui définit les règles de bonne conduite que doivent respecter les acheteurs dans leur relation avec les opérateurs économiques. Il s'agit des règles élémentaires de transparence, d'égalité de traitement et de liberté d'accès aux marchés publics qui permettent de s'opposer à tout avantage injustifié ou prise illégale d'intérêt.

Les observations de la Commission

La Commission constate que cette démarche, désormais généralisée, n'est pas toujours mentionnée dans la note de présentation qui lui est transmise alors même qu'une véritable analyse du marché et une comparaison des fournisseurs commercialisant le segment d'achat considéré ont été réalisés.

Si la Commission ne peut qu'encourager l'organisation par les organismes de réunions d'informations auprès des opérateurs économiques, elle a toutefois appelé l'attention d'un organisme qui souhaitait informer, après la publication de l'avis de marché, les syndicats professionnels du secteur de l'ingénierie du lancement de sa consultation.

En vertu des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, la Commission a estimé que toute information auprès des prestataires ne peut intervenir qu'avant la publication de l'avis de marché.



LA MUTUALISATION DES ACHATS

Depuis plusieurs années, les organismes de Sécurité sociale mutualisent leurs achats, soit par le biais de groupements de commandes coordonnés par un organisme local ou national, soit par le recours à la centrale d'achat de l'UCANSS dont le volume d'achats ne cesse de croître.

Les dispositions de l'article L 224-5 du code de la Sécurité sociale donnent, en effet, à l'UCANSS, le statut de centrale d'achat pour le compte des Caisses nationales et des organismes locaux du Régime général et de tout autre régime de Sécurité sociale.

Ce statut de centrale d'achat est également reconnu à l'institut 4.10 (chargé de l'achat de formation) et à la Caisse Centrale de Mutualité Sociale Agricole.

Les observations de la Commission

En 2021, la Commission a examiné plusieurs projets de marchés publics à destination des organismes de Sécurité sociale passés par la centrale d'achat UCANSS: intérim de personnel soignant, éducatif, social et médico-social, titres-restaurants, imprimé pour l'ordonnancier bi-zone, déplacements et hébergement des personnels, acheminement et distribution du courrier des organismes de Sécurité sociale, fourniture d'électricité.

Même si ces dossiers ont parfois fait l'objet de remarques ou d'observations portant notamment sur les explications relatives au choix d'un marché global et à l'allotissement, la Commission constate une progression notable de la qualité des dossiers.

Elle reste néanmoins attentive à la performance économique de l'achat.



Selon la Direction des Affaires Juridiques : « La description précise du besoin en termes performanciels ou en référence à des spécifications techniques données est une condition nécessaire à la bonne compréhension, par les soumissionnaires, de l'objet et des caractéristiques du marché public. Elle leur permet de faire des offres les mieux à même de satisfaire les besoins de l'acheteur. Une définition rigoureuse du besoin est également essentielle pour garantir la transparence et l'égalité de traitement entre candidats et assurer la bonne exécution du contrat par le titulaire. Elle est, en ce sens la clef d'un achat réussi ».

Conformément à l'article L 2111-1 du CCP, l'acheteur doit définir ses besoins en recourant à des spécifications précises qui sont des prescriptions techniques décrivant les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service.

Les prescriptions techniques décrivent les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service (article R 2111-4 du CCP). Elles peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou à une caractéristique du cycle de vie. Enfin, ces spécifications techniques doivent être liées à l'objet du marché public et proportionnées à sa valeur et à ses objectifs.

Un avis publié au Journal officiel du 27 mars 2016 relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics, complète le cadre réglementaire et donne des définitions des notions de spécifications techniques et de normes conformes à la réglementation européenne.

Enfin, l'article R 2111-6 du CCP, prévoit que, sauf cas dûment justifiés, les spécifications techniques sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou des critères de fonctionnalité pour tous les utilisateurs.

Par ailleurs, les prestations doivent être, entièrement définies avant le lancement de la consultation, ceci afin d'échapper au risque de requalification du contrat en prêt illégal de main d'œuvre ou de délit de marchandage.

Le prêt illicite de main d'œuvre consiste dans la mise à disposition à titre exclusif à but lucratif de salariés par une entreprise prestataire à une entreprise utilisatrice et ce, en dehors des cas autorisés par la loi.

Le marchandage est le prêt de main d'œuvre illicite, aggravé par le fait de causer un préjudice au salarié. Il s'agit d'un délit constitué par une opération de fourniture de main d'œuvre à but lucratif qui cause préjudice au salarié ou qui élude l'application de la loi, du règlement ou de la convention collective (article L. 8231-1 du Code du travail). La fourniture de main d'œuvre ne doit pas être nécessairement exclusive.

Un faisceau d'indices (cumulés) peut en effet conduire à la qualification du délit susvisé :

- L'objet du contrat: le contrat doit avoir un objet clairement défini. Les tâches à exécuter en vertu du contrat doivent être identifiées sans aucune ambigüité. Constituent a contrario des indices du prêt de main d'œuvre illicite: la réalisation de prestations d'études sans définir l'objet précis de ces prestations, le fait de définir la mise à disposition du personnel comme l'objet du marché, l'absence d'expertise ou de tâche spécifique, l'absence totale d'obligation de résultats (aucun livrable, aucun objectif, aucune contrainte ou obligation, etc.).
- L'encadrement des salariés « détachés » : la réalisation de la prestation doit être effectuée sous le contrôle exclusif du prestataire, lorsque les salariés de ce dernier interviennent au sein de l'acheteur public. Le personnel mis à disposition de l'entreprise utilisatrice doit être encadré et dirigé exclusivement par son employeur, le prestataire. Le personnel doit conserver une totale autonomie par rapport au personnel de l'acheteur public pendant toute la durée de la prestation. L'existence d'un lien de subordination (congés, discipline, horaires, etc.) entre le personnel du prestataire et un membre de l'acheteur public constitue un indice de prêt de main d'œuvre illicite.
- La fourniture de matériels : en principe, le prestataire doit utiliser ses propres outils de travail (on peut toutefois prendre en compte, pour apprécier ce critère, la nature des tâches demandées et l'importance des outils concernés pour l'exécution des tâches).
- <u>Le mode de rémunération</u>: il est important que le prix dû au prestataire soit fixé forfaitairement dès la conclusion du marché public et non en fonction d'un prix basé sur le nombre d'heures (l'heure/homme) ou sur le nombre de jours (jours/homme) réalisés par le personnel du prestataire.

Les observations de la Commission

Une estimation approximative des quantités du marché, une détermination incertaine de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire sont encore relevées par la Commission dans la définition des besoins.

Ainsi des remarques ont été formulées, pour un marché de travaux d'entretien et de rénovation d'un patrimoine immobilier, où les besoins étaient insuffisamment déterminés. Il a été demandé de revoir le montant prévisionnel des travaux et de les ventiler, selon les différents lots découpés en fonction des corps d'état concernés.

Par ailleurs, à l'occasion de l'examen d'un projet de marché relatif des prestations d'assistance à maitrise d'ouvrage, il a été indiqué à l'organisme qu'en matière de marchés publics, la notion de jour/homme est susceptible d'être source de risques juridiques : elle est à proscrire dans les marchés à bons de commande (risque de requalification du contrat en prêt illégal de main d'œuvre) et n'apparaît pas pertinente dans un marché à prix forfaitaire.

Des observations ont également été formulées pour un marché passé sous forme d'accord-cadre dont le besoin prenait la forme d'un renvoi à un catalogue de formations professionnelles.

Selon la jurisprudence, un acheteur ne méconnait pas son obligation de définir avec précision la nature et l'étendue de ses besoins en renvoyant la définition de ses besoins aux catalogues fournis par les candidats, dès lors que le cahier des clauses techniques particulières indique de manière suffisamment précise et détaillée les besoins (Conseil d'Etat, 15 février 2013, n° 363854, « SFR »).

En revanche, le renvoi à un catalogue des prix fournisseur, sans préciser dans les documents de la consultation la nature et l'étendue des prestations attendues dans le cadre de ce catalogue, ne respecte pas l'obligation de définition préalable des besoins (TA Cergy-Pontoise, 3 décembre 2015, n° 1509913, « *Société Logitud Solutions* »).

En l'espèce, il a été relevé que, même si le renvoi total au catalogue du titulaire avait été effectué, le CCTP indiquait de manière suffisamment précise et détaillée les besoins de l'organisme. Dans ces conditions, l'organisme ne méconnaissait pas l'obligation de définir avec précision la nature et l'étendue de ses besoins.

Des remarques ont enfin été formulées, pour un marché de tierce maintenance, pour lequel des évolutions sur le périmètre des besoins étaient mentionnées dans le CCTP, portant sur la possibilité d'ajout ou d'affectation de services dans les deux domaines d'applicatifs faisant chacun l'objet d'un lot.

Le rapporteur a rappelé que l'objet est un élément fondamental des marchés et doit être défini. Ainsi, il n'est pas possible de le faire varier sauf à avoir indiqué les modalités de ces modifications dans le marché. Pour sa part, la Commission a indiqué que, conformément à l'article L. 2111.1 du CCP, l'acheteur doit définir ses besoins en recourant à des spécifications précises qui sont des prescriptions techniques décrivant les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service.

Une insuffisante définition du besoin est susceptible de susciter des difficultés juridiques, tant au stade de la passation qu'au stade de l'exécution contractuelle.

Une définition rigoureuse du besoin est essentielle pour garantir la transparence et l'égalité de traitement entre candidats et assurer la bonne exécution du contrat par le titulaire

La Commission a donc recommandé à l'organisme, avant le lancement de la procédure, de définir plus précisément le périmètre des 2 lots avec des règles d'affectations claires des différents modules applicatifs et de limiter toute possibilité de basculement ou de redimensionnement des lots.



L'article L 2113-10 du CCP indique que « Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots [...] ».

En conséquence, lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes, tous les marchés doivent être passés en lots séparés.

Les observations de la Commission

La Commission veille au respect de ce principe et s'assure que la détermination des lots soit faite en fonction des caractéristiques techniques demandées et de la structure économique du secteur concerné.

Ainsi, pour un marché relatif à des systèmes d'exploitation, il a été observé que l'allotissement venait restreindre la concurrence en particulier sur un lot relatif à une typologie de serveurs qui intègre à la fois l'acquisition de nouveaux équipements, leur maintenance, les services associés mais également les maintenances des équipements déjà acquis.

Pour un marché relatif à des services d'acheminement et de distribution des courriers, le rapporteur s'est interrogé sur la possibilité d'allotir en fonction du type d'envoi. Il proposait de définir trois lots : un lot relatif aux envois de correspondances en courrier simple et recommandé vers la France Métropolitaine, la Corse et les DROM, un lot relatif à l'envoi de correspondances à l'international et un troisième lot relatif aux envois de correspondances publicitaires et de communication. Cette possibilité, bien que pertinente, n'a toutefois pas été retenue en raison des difficultés techniques et d'organisation qu'elle impliquait.

Enfin la Commission regrette pour des projets de marché, qui sont le renouvellement de marchés déjà transmis à la Commission et dont des modifications dans l'allotissement sont constatées, que celles-ci ne soient pas présentées et expliquées dans la note de présentation.



L'article L 2113-11 du CCP prévoit que l'acheteur peut recourir à un marché global dans les situations suivantes :

- ↑ L'acheteur n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.
- ↑ La dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

Le caractère restrictif des exceptions posées par la réglementation doit donc être dûment justifié par l'acheteur par des raisons objectives.

Selon que la procédure est formalisée ou non, la motivation devra apparaître dans le dossier de consultation ou le rapport de présentation.

Par ailleurs, le code de la commande publique prévoit que certains marchés sont, par nature, des marchés globaux. Il s'agit des marchés de conception-réalisation, des marchés globaux de performance et des marchés globaux sectoriels (article L 2171-1 du CCP).

Les observations de la Commission

L'existence et la solidité des arguments justifiant le choix d'un marché global avant le lancement de la procédure font partie des points importants qu'examinent les rapporteurs.

La Commission rappelle que l'obligation de motivation concernant l'absence d'allotissement a été renforcée par la loi « Sapin II ».

Désormais, l'acheteur doit motiver son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision.

Les organismes sont invités à réaliser une évaluation comparative des prestations alloties par rapport à un marché global, avant le lancement de la procédure.

Ainsi, pour un marché d'installation à titre locatif d'un ensemble de constructions modulaires, il a été demandé à l'organisme de justifier le choix de ne pas allotir en s'appuyant sur un des motifs prévus par la réglementation.

Pour plusieurs marchés, il a été demandé aux organismes de justifier le choix de ne pas allotir en s'appuyant sur un des motifs prévus par la réglementation et de fournir un argumentaire étayé à l'appui du ou des motifs retenus.

Une simple indication consistant à mentionner l'une des situations prévues par la règlementation est insuffisante.

D'une façon générale, la Commission a admis les arguments suivants :

- la structure du secteur économique et le fait qu'une dévolution en lots séparés pourrait être de nature à restreindre la concurrence au regard du faible volume de l'un des lots qui risque de rendre financièrement coûteuse l'exécution des prestations,
- l'existence d'une seule cuisine et la limitation des autres surfaces techniques (stockage, vestiaires ...) qui rendent impossible le partage des activités entre plusieurs prestataires dans un marché de restauration collective,
- 🔼 la réunion des prestations de services et de fourniture pour une maintenance multi- technique,
- le manque d'attractivité des fournisseurs dans le cadre d'un marché portant sur des cartes à puces sécurisées,

- les aléas techniques non maîtrisables pour un marché portant à la fois, sur la reprise, la maintenance, l'hébergement national et l'exploitation d'un service de messagerie sécurisée et des services associés,
- la difficulté de mise en œuvre de lots par nature de prestations et le manque d'optimisation de l'achat pour un marché qui recense plus de 27 métiers,
- le lien étroit existant entre le respect des objectifs de la tierce recette applicative et la disponibilité des plates-formes qui seraient mises à la disposition du titulaire,
- l'interdépendance fonctionnelle et technique du patrimoine applicatif rendant difficile la coordination des travaux si ceux-ci étaient répartis sur plusieurs lots établis par technologies, pour un marché de tierce maintenance applicative,
- la nature du marché (gestion de fonds) lorsque l'objectif vise à favoriser la création de valeur,
- un découpage en lots géographiques, outre la complexité de gestion, qui aurait pour effet de réduire les volumes par lots et ainsi de réduire les objectifs d'économie résultant de la massification des éditiques.

En 2021, 2 projets de marchés entrant dans la catégorie des marchés globaux au sens de l'article L 2171-1 du CCP ont été soumis à la Commission et ont fait l'objet de remarques et observations.

Il a ainsi été indiqué à une UGECAM que son projet de marché relevait de la catégorie des marchés globaux sectoriels au titre de l'article L 2171-5 et non de celle des marchés de conception-réalisation pour lesquels le code exige de justifier le choix (article L2171-2).

Il a également été indiqué à cet organisme qu'il convenait que le marché global envisagé soit construit en précisant les rôles des acteurs identifiés dans le cadre de l'opération. Ainsi, pour l'assistant à maitrise d'ouvrage il convenait de vérifier les interventions susceptibles d'être incompatibles avec celle du maître d'œuvre. Il a aussi été demandé de préciser et délimiter l'étendue de la mission du maître d'œuvre et ses obligations vis-à-vis du maître d'ouvrage. Il s'agit de rappeler qu'indépendamment de son association contractuelle avec l'entrepreneur, le maître d'œuvre a des obligations particulières directes vis-à-vis du maître d'œuvrage.



L'accord-cadre est une technique d'achat qui permet à l'acheteur d'ajuster la réponse à ses besoins, au moment où il peut précisément les identifier et prendre la décision d'acheter.

Cette technique, particulièrement souple, est bien adaptée notamment pour les achats de fournitures et services courants.

Conformément aux dispositions des articles R 2162-2 et 3 du CCP, un acheteur peut opter pour un accord-cadre exécuté au moyen de marchés subséquent, un accord-cadre à bons de commandes ou encore mêler ces différentes options.

L'acheteur a la possibilité, lorsqu'il lance des accords-cadres à marchés subséquents ou à bons de commande, de les rendre mono-attributaires (lot ou marché ayant un seul titulaire) ou multi-attributaires (lot ou marché avec plusieurs titulaires).

Par ailleurs, à la suite de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 17 juin 2021 Simonsen & Weel A/S, affaire C23/20, l'article R. 2162-4 du Code de la commande publique a été modifié. Il autorisait les acheteurs à conclure soit des accords-cadres avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, soit des accords-cadres avec seulement un minimum ou un maximum, soit des accords-cadres sans minimum ni maximum.

Désormais, les acheteurs ne peuvent conclure que des accords-cadres avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité des accords-cadres sans minimum et avec un maximum en valeur ou en quantité.

Le montant maximum peut être fixé à un montant plus élevé que le montant estimé prévisible des achats sur la base des consommations moyennes des dernières années ou de la programmation budgétaire pour l'année à venir.

Cette démarche assure aux acheteurs une marge de sécurité permettant de répondre à de possibles très fortes hausses du besoin (source DAJ de Bercy).

Les informations relatives au maximum contractuel peuvent être mentionnées indifféremment dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges si les opérateurs intéressés ont bien un accès électronique gratuit, sans restriction, complet et direct aux documents de marché à partir de la date de publication de l'avis de marché.

Les observations de la Commission

La Commission constate que cette technique d'achat, est désormais largement utilisée par les organismes de Sécurité sociale (Cf partie statistiques du rapport).

En 2021, sur les 36 projets de marchés soumis à la Commission, 20 ont été passés selon la technique d'achat de l'achat-cadre.

Les observations suivantes ont été formulées :

Les modalités contractuelles d'attribution des bons de commande sont déterminées librement par l'acheteur au regard des caractéristiques de l'accord-cadre. Elles doivent être objectives, transparentes et non discriminatoires.

La DAJ de Bercy indique dans sa fiche relative aux accords-cadres que : « A cet égard et afin de donner aux opérateurs économiques une visibilité suffisante, l'acheteur doit informer clairement les candidats, dès le lancement de la procédure d'attribution de l'accord-cadre, des règles d'attribution des bons de commande. Le fait pour un acheteur de prévoir dans les pièces de son accord-cadre que « l'attribution des bons de commande sera faite librement tout en respectant un équilibre financier entre les attributaires » ne suffit pas à définir les modalités d'émission des bons de commande. Il convient ainsi de fixer précisément les conditions dans lesquelles les bons de commandes seront attribués aux différents titulaires de l'accord-cadre. »

Différentes méthodes d'attribution des commandes existent. Ainsi, les bons de commande peuvent notamment être attribués selon la méthode dite « en cascade » qui consiste à faire appel en priorité aux titulaires les mieux-disants. L'attribution des bons de commandes peut également résulter de l'application de la règle dite du « tour de rôle » où, pour chaque bon de commande, le choix du titulaire s'effectue par roulement. L'acheteur peut également attribuer ses commandes à hauteur d'un maximum prévu pour chacun des titulaires ou en fonction d'un pourcentage prédéterminé d'attribution des bons de commande.

En conséquence, pour un marché de travaux, un article du CCAP indiquant seulement que l'acheteur « sollicitera chacun des attributaires des différents lots dans le respect de l'équité financière entre eux » a été jugé trop imprécis pour constituer une règle discriminante d'attribution des bons de commande.

La Commission a donc recommandé à l'organisme de revoir la rédaction de l'article en cause en introduisant une méthode définissant les modalités d'attribution des bons de commande, ceci afin d'éviter tout risque de contentieux.

De la même façon, pour un marché de tierce maintenance, où il était prévu qu'un même opérateur économique ne pouvait pas être attributaire des deux lots et que par conséquent il était demandé, lors de la remise de l'offre, que le candidat précise le lot qu'il souhaitait obtenir, dans l'hypothèse où il serait classé en première position dans chacun des deux lots, la Commission a considéré qu'il n'appartenait pas au candidat de choisir le lot.

Elle a donc recommandé à l'organisme de définir une règle d'attribution des lots la plus claire possible prévoyant l'attribution du lot 1 en premier lieu et du lot 2 ensuite.

La durée maximale des accords-cadres est en principe fixée à 4 ans « sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur l'objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure » selon l'article L 2125-1-1° du CCP.

Ainsi pour un marché passé sous forme d'accord-cadre à bons de commande d'une durée supérieure à 4 ans, la Commission a demandé à l'organisme de motiver son choix dans le RC ou le CCAP.

Pour un marché de tierce maintenance, il était prévu une durée de chaque accord-cadre d'un an ferme reconductible tacitement trois fois pour une année. Le rapporteur s'est interrogé sur l'impact de cette durée pour les opérateurs économiques. C'est pourquoi, compte tenu de la durée de la prise de connaissance, le rapporteur a proposé une durée ferme de 2 ans reconductible tacitement deux fois pour une année.

Pour un autre marché de tierce maintenance, une durée de l'accord-cadre de deux ans ferme reconductible tacitement deux fois pour une année était prévue.

Au regard du caractère très intégré des prestations dévolues dans le cadre du marché, il a été jugé qu'une durée de trois ans ferme et une dernière année en reconduction expresse moyennant un préavis de 6 mois serait sans doute plus claires pour le fournisseur et permettrait à un nouvel entrant de disposer d'une durée initiale suffisante compte tenu de l'investissement important que peut représenter ce type de marché pour les opérateurs économiques.

Les accords-cadres doivent être conclus avec un maximum en valeur ou en quantité.

A la suite de l'arrêt de la CJUE du 17 juin 2021 et de la modification de l'article R 2162-4 du CCP, même si cette obligation n'entre en vigueur qu'au 1er janvier 2022, il a été recommandé aux organismes de déterminer sans attendre un montant maximum en valeur ou en quantité.

Ainsi pour un marché pour un marché relatif à la fourniture d'électricité, compte tenu de l'incertitude autour de l'évolution des prix, il a été demandé de mentionner le montant maximum en quantité de GWh et non en valeur financière.



Selon les dispositions de l'article R 2113-4 du CCP, les acheteurs peuvent passer un marché comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches optionnelles.

Le marché définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche.

Cette possibilité d'option est très intéressante car elle permet de reporter la décision lors de l'exécution du marché.

Cette technique, souvent utilisée dans les marchés de travaux, permet notamment aux acheteurs de prévoir des prestations en option même s'ils ne disposent pas du budget à cet effet.

Un marché à tranches est considéré comme un seul marché. Par conséquent le titulaire est le même pour l'ensemble des tranches (ferme et optionnelles). Il n'aura donc à fournir qu'un seul acte d'engagement qui s'appliquera à l'ensemble des tranches du marché. Si un marché est alloti (divisé en lots), chacun des lots pourra être subdivisé en tranche ferme et tranches optionnelles.

L'opérateur économique doit chiffrer dans son offre toutes les tranches. L'acheteur est engagé uniquement sur la tranche ferme alors que le soumissionnaire est engagé sur l'ensemble des tranches.

Pour la prise en compte des seuils de procédure et de publicité, l'estimation du montant doit tenir compte du total des montants estimés toutes tranches comprises.

Enfin, une tranche optionnelle doit être suffisamment précise quant à son contenu.

En effet, le Conseil d'état a jugé que les exigences d'un pouvoir adjudicateur relatives à une tranche conditionnelle doivent être définies avec une précision suffisante quant au contenu de la prestation (CE, 8 août 2008, n° 307143, Région de Bourgogne).

Les observations de la Commission

En 2021, plusieurs projets de marché à tranches ont été soumis à la Commission.

Ce choix s'explique, notamment, lorsque le financement des opérations immobilières porte sur plusieurs Conventions d'Objectifs et de Gestion (COG).

Des observations ont été formulées sur la nécessité, par exemple, de faire apparaître plus clairement les tranches du marché de maîtrise d'œuvre : tranche ferme (conception de la tranche ferme de travaux et de la tranche optionnelle de travaux + suivi de l'exécution de la tranche ferme de travaux) - tranche optionnelle (suivi de l'exécution de la tranche optionnelle de travaux).

Pour un marché relatif au déploiement d'une plate-forme de service, l'attention de l'organisme a été attirée sur le fait que le code dispose, pour les marchés à tranches, lorsque les prix sont fermes, que « le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions déterminées aux articles R. 2112-10 et R. 2112-11. Cette actualisation est opérée aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution des prestations de la tranche. » (article R 2112-12 du CCP). Dans le cas d'espèce, la durée du marché étant supérieure à un an, les prix ne pouvant pas être fermes, il a été demander d'insérer une clause de révision des prix.



Les dispositions de la loi MOP et de ses textes d'application sont désormais intégrées et réparties entre les parties législatives et règlementaires du code de la commande publique.

Pour l'essentiel, les dispositions de la loi MOP se retrouvent au sein du livre IV de la deuxième partie intitulé "Dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée".

Le champ d'application est défini par l'article L 2410-1 du CCP qui dispose que "Les acheteurs définis au chapitre le qui, projetant la construction d'un ouvrage répondant aux caractéristiques mentionnées au chapitre II, envisagent la passation de marchés publics dans ce but, sont soumis en leur qualité de maîtres d'ouvrage aux dispositions du présent livre".

S'agissant des textes d'application de la loi MOP, les dispositions du "décret missions" ont été majoritairement reprises dans la partie réglementaire du code. "L'arrêté missions" correspond désormais à l'annexe n° 20 du code intitulée "Arrêté précisant les modalités techniques d'exécution des éléments de mission de maîtrise d'œuvre confiés par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé".

Conformément aux dispositions de l'article R 2172-2 du CCP, les marchés de maîtrise d'œuvre dont le montant est égal ou supérieur au seuil des procédures formalisées sont conclus après un concours.

L'article L 2125-18 du CCP définit le concours comme une technique d'achat par laquelle l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet.

En revanche, en cas de réutilisation ou de réhabilitation d'ouvrages existants, les marchés de maîtrise d'œuvre peuvent être conclus selon les procédures formalisées des articles R 2124-2 et 3 du CCP, à savoir la procédure d'appel d'offres ou la procédure avec négociation.

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre n'excédant pas les seuils européens, la procédure adaptée peut être utilisée. Dans ce cas, il convient de sélectionner les équipes sur leurs compétences, puis de négocier, avec les meilleurs candidats, les conditions nécessaires à l'exécution du marché.

Un Guide pratique de passation des marchés publics de maîtrise d'œuvre à destination des organismes de Sécurité sociale est disponible sur le réseau U Achats – veille et expertise juridique/banque documentaire.

Les observations de la Commission

Les procédures pour les marchés de maîtrise d'œuvre sont en général bien appréhendées par les organismes qui bénéficient le plus souvent de l'assistance technique et juridique proposée par les Départements Immobilier et Juridique de l'UCANSS.

En 2021, 7 projets de marchés de maîtrise d'œuvre ont été soumis à la Commission : 3 en procédure avec négociation et 4 en appel d'offres dont 2 sous forme de concours.

Les observations et remarques de la Commission ont essentiellement porté sur le choix de la procédure, les missions confiées à l'équipe de maîtrise d'œuvre, le contenu du règlement de consultation ou de concours, la composition du jury de concours, la forme juridique du groupement qui doit être justifiée, le chiffre d'affaires annuel minimum exigé dans le cadre de la candidature, l'amélioration de la description des missions de maîtrise d'œuvre et des travaux, les compétences demandées à l'équipe de maîtrise d'œuvre, les documents demandés au stade de la candidature, les délais de remise des candidatures ou des offres, les critères de sélection des offres ou des projets.

Ainsi, le choix d'un organisme de recourir à un appel d'offres ouvert plutôt que restreint a été validé par la Commission au regard des arguments avancés : une procédure en adéquation avec l'envergure du projet, un comparatif plus exhaustif des candidatures reçues, une analyse plus concrète et des délais plus courts. Il a également été noté que les nombreuses exigences qui conditionnent la régularité des offres et des candidatures (nombre de pages par points, ...) devrait permettre d'éliminer toutes candidatures irrégulières et donc limiter le nombre des candidatures à analyser.

Des observations ont également été formulées sur le choix d'un sous-critère de la valeur technique « Adéquation du projet avec les impératifs économiques du maître d'ouvrage. » qui est apparu redondant avec l'analyse du critère prix. La question de la pertinence d'un sous-critère qui va consister à attribuer 10 points au soumissionnaire, si le coût du projet concorde avec l'enveloppe budgétaire prévue a été soulevée.

Pour un concours de maitrise d'œuvre sur APS, il a été indiqué que ce niveau de concours, nécessairement plus onéreux, était réservé, sur la base des recommandations de la MIQCP, aux opérations pour lesquelles le jugement technique et économique est déterminant.

Par ailleurs, toujours pour un concours, en cas d'impossibilité pour le jury de statuer sur un lauréat, un organisme a prévu la possibilité de demander aux opérateurs économiques, à l'issue de la réunion du jury analysant les projets, des prestations complémentaires aboutissant au versement d'une prime supplémentaire visant à compléter ou revoir leur offre.

La Commission a toutefois estimé qu'une telle disposition va à l'encontre des principes du concours et présente un risque sur des irrégularités potentielles sur le versement de cette prime complémentaire. Il a donc été demandé de la retirer.

Enfin, des observations ont été formulées sur un acte d'engagement mentionnant des temps d'intervention répartis par élément de mission et par cotraitant et exprimés en jour/homme. L'attention a été appelée sur ce point et il a été demandé de le supprimer selon la position constante de la Commission qui prohibe la notion de jour/homme dans les marchés à bons de commande

Il a également été indiqué à un organisme que la répartition des honoraires entre les différents éléments de mission ne peut être modifiée par les candidats. Il a été demandé de supprimer la mention suivante figurant dans l'acte d'engagement « Les taux ci-dessous et repris dans l'annexe de l'Acte d'Engagement peuvent être modifiés à la marge par le candidat en respectant une répartition de 56% pour les études (ESQ jusqu'à ACT) et 44% pour l'exécution ».



Le terme de variante est utilisé par l'article R 2151-8 du CCP, pour désigner aussi bien les variantes qui sont à l'initiative des soumissionnaires et celles qui sont imposées par les acheteurs, y compris ce que les anciens termes de « solutions alternatives ou de prestations supplémentaires éventuelles (PSE) » recouvraient.

Ainsi, la DAJ considère que, même si les PSE ne sont pas évoquées par le CCP, il est toujours possible pour l'acheteur de demander aux soumissionnaires de proposer, dans leur offre, des prestations supplémentaires, qu'il se réserve le droit de commander ou non lors de la signature du contrat.

Le cahier des charges décrit alors les spécifications techniques demandées. Ce sont les anciennes « options techniques », terminologie désormais abandonnée.

Selon les exigences du règlement de la consultation, les PSE peuvent être facultatives ou obligatoires.

L'utilisation d'une PSE est à envisager lorsque l'on a un doute sur le coût d'une prestation qui pourrait s'avérer être un « plus » pour la bonne exécution du marché. Il reste que le fait de demander cette prestation sous forme de PSE n'oblige pas l'acheteur à la commander.

Le choix des PSE ne résulte pas, par ailleurs, de l'application des critères d'attribution alors que c'est le cas pour les variantes.

En résumé, les PSE viennent donc s'ajouter à l'offre contrairement aux variantes qui se substituent à l'offre de base.

Les PSE ne doivent pas se multiplier, car un trop grand nombre de PSE pourrait signifier, selon la DAJ, que le besoin a été mal défini à l'origine par l'acheteur, fragilisant ainsi la procédure.

Une offre variante est en revanche une offre qui se substitue à l'offre de base. Cela signifie que l'opérateur économique qui propose une variante et une offre de base, propose deux offres car chacune des variantes fera l'objet d'une notation au moyen des mêmes critères d'attribution que l'offre de base. L'acheteur doit impérativement décrire les exigences minimales que devra respecter la variante. La variante peut être imposée aux candidats ou simplement proposée.

Le recours à une variante peut être utile lorsque l'on ne souhaite pas fermer le cahier des charges et laisser les opérateurs économiques exprimer leur expertise et leur créativité. Par exemple cela peut être un bon moyen pour favoriser l'innovation, car les entreprises spécialisées dans un secteur sont souvent les meilleures connaisseuses des dernières technologies.

Néanmoins, il convient de limiter le nombre des variantes, afin de ne pas se retrouver avec un trop grand nombre de propositions et/ou des propositions ne répondant pas aux attentes et ce d'autant plus qu'elles devront faire l'objet d'une notation.

Les observations de la Commission

Dans le cadre de l'examen d'un marché de travaux, il a été demandé de préciser que la variante économiquement plus avantageuse, ne doit pas remettre en cause le projet de base et doit répondre à l'ensemble des exigences minimales fixées dans l'ensemble des CCTP, ceci afin de s'assurer que la variante proposée ait un niveau de qualité suffisant en plus d'être avantageuse économiquement.

Pour un marché d'assistance à maitrise d'ouvrage, il a été indiqué que les PSE et les options sont deux notions distinctes. Si les PSE sont des prestations supplémentaires que l'acheteur se réserve le droit de commander ou non lors de la signature du contrat, les options correspondent à une notion du droit de l'Union européenne qui figure dans les modèles d'avis d'appel à la concurrence. Elles constituent des prestations susceptibles de s'ajouter, sans remise en concurrence, aux prestations commandées de manière ferme dans le cadre du marché public et qui doivent être prévues dans le contrat initial. Ainsi, les « prestations similaires » de l'article R 2122-7 du CCP constituent des options.



L'article L 2111-1 du CCP indique qu'il convient de prendre en compte « [...] des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale » dans les marchés publics.

L'article L 2112-2 du CCP dispose également que l'acheteur peut prendre en compte dans les conditions d'exécution du marché, des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations.

Il peut ainsi:

- Inclure des caractéristiques environnementales ou sociales dans les spécifications techniques (article R 2111-10 du CCP),
- Juger une offre en intégrant les coûts de cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage (exemple, pour la construction d'un bâtiment, extraction des matières premières en amont et déconstruction en aval),
- Exiger qu'un label particulier soit présenté dans les spécifications techniques, les critères d'attributions ou les conditions d'exécution du marché (article R2111-13) pour prouver que les travaux ou services répondent bien aux caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre,
- Rejeter l'offre si elle contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit de l'environnement (article R 2152-4 du CCP),
- Réserver un marché public ou des lots d'un marché à des entreprises de l'économie sociale et solidaire ou à des opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés (articles R 2113-7 et 8 du CCP),
- Fonder son choix à partir d'un cout déterminé selon une approche globale (cycle de vie) ou à partir d'une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution parmi lesquels figurent le prix ou le coût et un ou plusieurs critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et sociaux (article R 2152-7 du CCP),
- Lancer en procédure adaptée les marchés ayant pour objet des services sociaux, permettant ainsi de favoriser l'accès des ateliers et chantiers d'insertion et des associations intermédiaires à la commande publique (article R 2123-1 du CCP).

Par ailleurs, le décret n° 2016-412 du 7 avril 2016 relatif à la prise en compte de la performance énergétique dans certains contrats et marchés publics fait obligation aux acheteurs de prendre en compte, dès la définition des besoins, les objectifs de performance énergétique.

Les observations de la Commission

La Commission reste vigilante à la prise en compte systématique de ces objectifs ainsi qu'au respect de leur caractère non discriminatoire.

Elle regrette cependant que les organismes ne fassent pas toujours l'effort d'engager une réflexion sur cette dimension de l'achat public.

C'est ainsi que sur les 36 projets de marchés qui lui ont été soumis, la Commission a constaté qu'un certain nombre de dossiers ne comprenaient aucun objectif de développement durable dans ses dimensions économiques ou sociales que ce soit au stade des critères ou des conditions d'exécution, ni même d'indication sur l'état de la réflexion dans ce domaine.

Soucieuse de voir les organismes faire évoluer leurs projets, la Commission, à l'occasion de l'examen d'un marché relatif à des prestations dans le domaine informatique, a évoqué la possibilité d'échanges et de partages d'expérience au niveau inter-régimes. Elle a rappelé l'existence d'un groupe de travail informatique piloté par l'UCANSS dont les travaux devraient permettre d'améliorer la prise en compte des clauses sociales dans les marchés informatiques.

Lorsqu'elles sont présentes, les préoccupations environnementales sont le plus souvent bien prises en compte dans les spécifications techniques même si la Commission est parfois amenée à formuler des observations.

Ainsi, dans le cas d'un CCAP comportant une clause environnementale imposant au titulaire la production d'un bilan annuel des mesures mises en œuvre pour réduire l'impact CO2, il est apparu qu'une pénalité de 100 € par jour de retard pour non-production de ce bilan pouvait sembler négligeable au regard des enjeux du marché en cause. Il a été suggéré que la mise en place d'indicateurs partagés et l'évaluation de ceux-ci serait sans doute plus profitable.

Dans le domaine des prestations informatiques, en réponse à une remarque portant sur l'absence de stipulations dans le CCAP et le CCTP, un organisme a fait valoir que l'introduction de clauses d'insertion professionnelle dans un contrat d'ingénierie logicielle serait difficile à envisager sauf à prendre certains risques quant à la bonne exécution des prestations. Si la Commission a admis cette explication, elle a néanmoins demandé à l'organisme d'avoir une ambition en matière environnementale allant au-delà du simple objectif de réduction de sa consommation de papier.

Pour un marché concernant des prestations de restauration, il a été relevé que si une clause d'insertion par l'activité économique était prévue dans le CCAP, elle restait à la discrétion du titulaire. Pour justifier ce choix, l'organisme a indiqué que l'absence de montant minimum à l'accord-cadre comme l'obligation de reprise du personnel induite par les conventions collectives en vigueur, constituent des contraintes fortes et ne permettent pas d'envisager une autre possibilité d'insertion que celle de la laisser à l'initiative des candidats.

Pour mettre en œuvre la performance sociale au sein des marchés, il est possible de s'appuyer sur les différentes politiques publiques mises en place :

- Inclusion par l'emploi (personnes éloignées de l'emploi ou en situation d'handicap)
- Commerce équitable
- Tormation de jeunes en situation de décrochage scolaire
- ↑ Lutte contre les discriminations : égalité femmes/hommes, personnes en situation de handicap etc...
- Achats éthiques, traçabilité sociale, droits de l'homme dans les chaînes d'approvisionnement (ex : achat des téléphones ou des ordinateurs pour éviter le travail d'enfant).

Aussi pour un marché de restauration, il a été indiqué à l'organisme qu'il aurait été possible d'envisager d'introduire une clause d'insertion par la formation de jeunes en situation de décrochage scolaire en se rapprochant d'une MLDS (Mission de Lutte contre le Décrochage Scolaire), présente dans chaque académie. Une convention est passée avec l'établissement scolaire pour la formation en lien avec le marché. Elle définit le nombres d'heures de stage ainsi que le parcours des jeunes.

Pour un marché comprenant une clause d'insertion par l'activité économique, il a été indiqué qu'il aurait été possible de réserver une part minimale des heures de travail générées par le marché, à la réalisation d'une action d'insertion. Les candidats auraient pu être notés sur ce qu'ils proposent de mettre en place pour aller au-delà.

La Commission recommande de prendre systématiquement l'attache d'un facilitateur afin d'insérer des clauses sociales (nombre d'heures à effectuer par des personnes éloignées de l'emploi par exemple).

A noter que ce type de clauses n'entraîne aucun surcoût ni pour les soumissionnaires, ni pour l'acheteur.

La Commission a également observé que certains organismes se contentent de prévoir des critères sur les aspects sociaux sans intégrer de clauses sociales dans le CCTP ou l'inverse.

Selon le guide sur les aspects sociaux de la commande publique, un critère d'attribution sur la performance sociale doit nécessairement être accompagné de conditions d'exécution et/ ou spécification technique.

Pour un marché relatif des prestations de déplacement et d'hébergement, il a été précisé qu'une clause prévoyant que « le titulaire s'engage à réaliser une action d'insertion, au minimum à hauteur de 5% du volume global des prestations du présent accord-cadre » devrait être couplée avec un critère d'analyse des offres relatif à l'insertion.

En outre, il a été demandé de prévoir une sanction (des pénalités) en cas de non-respect de la clause d'insertion et de vérifier la faisabilité des actions d'insertion sociale dans ce secteur d'activité.



Cette procédure se définit comme la procédure par laquelle un acheteur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques (article L 2124-3 du CCP).

L'utilisation de cette procédure doit être justifiée au regard de ses conditions de recours, notamment dans la note de présentation du marché public.

L'article R 2124-3 du CCP énumère les différentes hypothèses permettant d'y recourir :

- Le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles. Selon la DAJ de Bercy, l'utilisation peut être justifiée pour des travaux qui ne concernent pas « des bâtiments standards », ou « d'acquisitions complexes de produits sophistiqués », ou encore de services intellectuels, ou enfin de projets majeurs dans le domaine des technologies de l'information et de la communication,
- La situation d'infructuosité d'un appel d'offres en cas d'offres irrégulières ou inacceptables,
- Le besoin consiste en une solution innovante,
- Le marché comporte des prestations de conception,
- L'existence de circonstances particulières liées à la nature, à la complexité ou au montage juridique et financier du marché.
- L'impossibilité de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique.

Dans la mesure où la négociation a notamment pour vocation de porter sur tous les éléments d'une offre, la rédaction d'un cahier des charges détaillé n'est pas forcément nécessaire comme pour l'appel d'offres. L'acheteur peut donc se contenter, dans cette procédure, de ne fixer que les exigences minimales que devront respecter les offres.

Par ailleurs, conformément à l'article R. 2142-15 du CCP, l'acheteur peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à négocier, à condition que ce nombre soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Dans ce cas, il indique, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, les critères objectifs et non discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer pour sélectionner ces candidats, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter à négocier et, le cas échéant, leur nombre maximum. Ce nombre minimal ne peut être inférieur à trois.

Les observations de la Commission

La Commission s'attache principalement à s'assurer que les conditions de recours, telles que définies par la réglementation, sont bien respectées.

A l'occasion de l'examen de plusieurs projets de marchés passés selon la procédure avec négociation, la Commission a dû rappeler la nécessité pour l'acheteur de pouvoir justifier que les conditions de recours à cette procédure, qui s'interprètent strictement, sont remplies (jurisprudences de la CJCE, 14 septembre 2004, Commission c/République Italienne, Aff. C-385/02, pts. 19 et 37 et CJUE, 27 octobre 2011, Commission c. République Hellénique, Aff. C-601/10, pt. 32.p.

Pour des prestations de maîtrise d'œuvre, plusieurs remarques ont été formulées sur certains des éléments de justification avancés par l'organisme.

Il a été considéré que « faire valoir que le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles » pouvait s'entendre même si cette hypothèse manque d'exemples jurisprudentiels.

En revanche, le motif s'appuyant sur le fait que le besoin consiste en une solution innovante apparait discutable, dès lors que la prestation demandée n'instaure pas vraiment de nouvelles méthodes caractérisant une solution innovante.

Pour un marché de développement d'une plate-forme de service, la question du choix d'un appel d'offres restreint et non d'une procédure avec négociation en l'espèce justifiée par le fait que « le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles » a été soulevée. L'organisme concerné a toutefois maintenu l'appel d'offres restreint en expliquant que la part d'innovation laissée aux candidats, et traduite par l'ouverture aux variantes, consistait plus en la proposition de services qui pourraient être intégrés à la plateforme et à l'évolution de cette dernière que sur la conception d'une solution non définie.

La commission a également formulé des observations sur la nécessité de prévoir les exigences minimales que devront respecter les offres. En effet, conformément à l'article R. 2161-13 du CCP, les documents de la consultation doivent indiquer les exigences minimales que doivent respecter les offres. Il est donc nécessaire de définir les exigences minimales car selon l'article R. 2161-17 du CCP, aucune négociation n'est possible sur les exigences minimales.

Il a été aussi fait observer à un organisme qu'une indication faisant référence simplement aux spécifications techniques au titre des exigences minimales, pour lesquelles aucune négociation, ne sera possible était insuffisante. En l'espèce, le terme utilisé est trop large et ne permet pas de savoir s'il s'agit du programme technique dans son entier ou seulement de certains éléments de ce dernier.

A l'occasion de l'examen d'un projet de marché de maitrise d'œuvre passé dans le cadre d'une procédure avec négociation pour laquelle le nombre de candidats admis à déposer une offre était limité, il a été rappelé qu'il convenait de prévoir des critères de sélection avec une pondération conformément aux articles R.2142-15 et 16 du CCP : « L'acheteur qui entend limiter le nombre de candidats indique, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, les critères objectifs et non-discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer à cet effet, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum. ». En effet, cette sélection ne peut se faire sur la simple décision d'un groupe de travail et selon une libre appréciation. Il faut une justification solide et non-discriminatoire.



Le recours à la procédure d'appel d'offres – procédure de droit commun au-dessus des seuils européens - s'impose lorsque l'objet du marché peut être défini complètement dès le début de la procédure. Il permet aux candidats de remettre une offre intangible.

L'appréciation des offres techniques des candidats peut faire l'objet de réunion de présentation, qualifiées d'audition. Si les auditions sont possible en procédure adaptée, procédure avec négociée et dialogue compétitif; en appel d'offres, elles prennent la forme de demandes de précision ou de complément sur l'offre initiale.

Cette faculté a été consacrée par des fiches de la DAJ de Bercy, mais aussi par deux ordonnances du 2 avril 2015 du Tribunal Administratif de Rennes. L'audition peut être requise alors même que le pouvoir adjudicateur a déjà demandé aux candidats des précisions ou des compléments écrits sur certains éléments de leur offre et, elle a en effet pour unique objet de préciser ou de compléter la teneur des offres ce qui interdit implicitement mais nécessairement toute négociation des offres avec les candidats.

La DAJ de Bercy estime que cette possibilité d'auditionner les candidats est néanmoins réservée aux marchés complexes (marchés informatiques par exemple). Cette éventualité doit être mentionnée dans l'avis d'appel public à concurrence ou dans le règlement de la consultation (ce qui est le cas en l'espèce) et le déroulement des auditions doit garantir une stricte égalité entre les candidats. Enfin un procès-verbal d'audition doit être établi. Il permettra d'établir, en cas de contentieux éventuel, qu'il n'y a pas eu de négociation. L'audition a lieu une fois les demandes de précisions faites et l'analyse des offres terminées.

Les observations de la Commission

A l'occasion de l'examen d'un dossier portant sur des missions de maitrise d'œuvre, il a été relevé que l'organisme se réservait la possibilité d'auditionner les trois meilleurs soumissionnaires résultant de l'analyse des offres. L'objectif de cette audition permettrait de rencontrer les équipes projets afin qu'elles exposent leur projet de manière plus précise et de conforter le choix de l'organisme. Au surplus, la complexité du marché serait justifiée par la présence importante d'amiante sur la totalité du bâtiment dont les coûts sont très importants.

La Commission a rappelé que la jurisprudence autorisant le recours à l'audition n'a pas été confirmée, ni définie par le Conseil d'Etat. Au surplus, l'hypothèse de l'audition en appel d'offres n'a pas fait l'objet de jurisprudence récente et n'est pas reprise dans les nouvelles fiches de la DAJ. Si le code de la commande publique ne prévoit pas d'échanges oraux quant aux demandes de précisions, c'est parce qu'il existe des mécanismes et des procédures prévoyant ce type de dialogue : demande de précision, procédure avec négociation et dialogue compétitif.

La Commission estime que le recours à une audition ne saurait constituer une négociation et doit seulement permettre d'apporter des précisions sur la teneur des offres, ceci sans incidence sur le classement des offres. En conséquence, l'organisme a été mis en garde sur le recours à une audition qui comporte un risque élevé de contentieux.



L'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) est l'avis de marché publié par l'acheteur pour informer les opérateurs économiques de la passation d'un ou de plusieurs marchés publics.

C'est le document d'information initial qui marque le lancement des procédures de passation de marchés reposant sur une mise en concurrence.

Les modalités de publication des avis et leurs mentions sont réglementées.

L'avis d'appel public à la concurrence peut être publié de façon électronique au BOAMP, JOUE, dans un JAL, dans une publication spécialisée et sur le portail acheteur du pouvoir adjudicateur.

L'avis de marché doit permettre, au vu des informations destinées aux candidats potentiels et des renseignements qui leur sont demandés :

- nd'apprécier pour les entreprises l'intérêt de répondre à la consultation,
- 🗥 de juger pour l'acheteur de l'aptitude des candidats à réaliser la prestation.

Pour cela, l'avis doit comporter les informations essentielles qui peuvent décider une entreprise à faire acte de candidature : localisation, importance du marché, objet précis, conditions relatives au contrat, type de procédure, critères d'attribution, informations à produire y compris celles qui seront exigées avant la signature du contrat (habilitation, agrément...).

Les observations de la Commission

La Commission s'attache à ce que les organismes fassent figurer dans les avis de marché l'ensemble des informations exigées par le règlement CE 2015/1986 du 11 novembre 2015, tout manquement étant susceptible de conduire à l'annulation du contrat.

D'une manière générale, la complétude des avis de marché est le plus souvent correcte même s'il peut être constaté parfois l'absence de certaines rubriques importantes.

Cependant, les organismes ne transmettent pas toujours le reflet des avis qui seront publiés, ce qui ne permet pas de s'assurer que les rubriques ont été correctement remplies.

Les principales observations et remarques de la Commission sur les avis de marché ont été les suivantes :

- La date prévisionnelle de relance du marché est à indiquer s'il est envisagé de le reconduire à l'issue de son exécution. Cette rubrique peut être renseignée si l'acheteur souhaite attirer l'attention des opérateurs économiques sur le caractère récurrent du marché envisagé.
- Dès lors que des critères sont annoncés dans l'avis de marché, il convient de préciser également les sous-critères (s'il y en a).
- La rubrique relative aux options est à renseigner s'il est prévu des prestations susceptibles de s'ajouter aux prestations fermes du marché (tranches optionnelles, prestations similaires). En revanche les prestations supplémentaires éventuelles ne sont pas considérées comme des options au sens du droit européen.
- En cas de marché reconductible, la durée du marché correspond à la durée ferme avant reconduction. Le nombre de reconductions éventuelles est à faire figurer dans la rubrique « reconduction ».
- L'indication de la valeur estimative lot par lot est une information obligatoire dans l'avis de marché européen (Cf. extrait notice DAJ comment utiliser les formulaires européens : « Valeur totale estimée Rubrique II.1.5) La valeur totale estimée de l'opération n'est pas obligatoirement renseignée par l'acheteur. En revanche, la rubrique II.2.6 sur la valeur des lots est désormais une rubrique obligatoire. »)
- La quantité ou l'étendue globale du marché doit être mentionnée. Une indication à titre indicatif et prévisionnel doit être portée sur les quantités à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché.
- Le délai minimal pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre est à renseigner
- L'indication que le marché est couvert par l'accord AMP est à fournir. Cela signifie que la procédure comprend des règles qui visent à harmoniser la procédure dans l'ensemble des pays signataires.
- La rubrique relative au renouvellement du marché permet à l'acheteur d'indiquer s'il s'agit d'un marché renouvelable. Elle est à renseigner si l'acheteur souhaite attirer l'attention des opérateurs économiques sur le caractère récurrent du marché envisagé.
- Pour la passation, le contentieux des marchés des organismes de Sécurité sociale relève des juridictions de l'ordre judiciaire. A ce titre, il convient de mentionner le tribunal judiciaire, qui est né de la fusion du tribunal de grande instance et du tribunal d'instance (article D211-10-2 et annexe VIII-II du code de l'organisation judiciaire).
 - En revanche, pour les litiges nés à l'occasion de l'exécution des marchés publics, le tribunal compétent reste celui du lieu d'exécution du marché qui n'est donc pas obligatoirement celui qui est compétent pour les recours relevant de la passation des marchés publics.
- Les délais et les voies de recours susceptibles d'être mis en œuvre (référé précontractuel et référé contractuel) sont à préciser (articles L 1441-1 à L 1441-3 du Code de procédure civile, articles 2 à 10 de l'Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009, articles 2 et 3 du décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009) :
- navant la notification du marché le référé précontractuel.
- naprès la signature du marché le référé contractuel.



Le règlement de la consultation précise les modalités de la procédure et du jugement des offres. Ce document, rédigé avec soin, doit définir avec la plus grande précision les attentes de l'organisme.

Les candidats doivent connaître les caractéristiques techniques auxquelles l'acheteur accorde de l'importance et comment les offres seront jugées.

S'il est demandé un mémoire technique, il faut en indiquer précisément le contenu ; si la remise d'échantillons est demandée, il faut mentionner la façon de les analyser.

Les observations de la Commission

La Commission veille particulièrement à la cohérence des différents documents des dossiers de consultation, et plus particulièrement à l'identité des informations figurant dans l'avis de publicité et le règlement de la consultation, toute distorsion pouvant conduire à l'annulation du contrat.

Elle s'assure également que les dispositions qui doivent normalement figurer dans les règlements de consultation ne soient pas inutilement insérées dans les documents contractuels, CCAP et CCTP.

D'une manière générale, elle conseille d'indiquer de façon précise les informations demandées aux candidats au titre de chacun des critères afin de faciliter à la fois l'établissement des offres par les candidats et leur appréciation par le pouvoir adjudicateur.

En 2021, la Commission a plus particulièrement attiré l'attention des organismes sur certaines informations ou clauses :



A plusieurs reprises, il a été indiqué que l'acheteur ne peut exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution du marché public que dans la mesure où cela est nécessaire à sa bonne exécution. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation.

Contenu de l'offre

L'attention d'un organisme a été appelée sur la formulation « toutes pièces permettant d'expliciter son offre » qui ne permet pas de donner toute la lisibilité aux soumissionnaires sur les attentes de l'acheteur. Il a été préconisé de lister précisément et exhaustivement dans le cadre de réponse en annexe au règlement de la consultation tous les items soumis à cotation.

Modifications du dossier de consultation

Conformément aux dispositions de l'article R2132-6, en procédure formalisée, les modifications non substantielles des documents doivent être faites au plus tard 6 jours avant la date de remise des plis. En revanche, dans le silence des textes pour les MAPA, il appartient à l'acheteur d'apprécier ce délai

Visite

La Commission a été amenée à rappeler que lorsqu'une visite est prévue, il appartient à l'acheteur de choisir entre une visite individuelle ou collective. Le conseil d'État a eu l'occasion de juger qu'une visite unique pour l'ensemble des candidats était valable et respectait le principe d'égalité entre les candidats (CE, 24 octobre 2008, n°300034, Décision Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte). La visite pourra être individuelle ou collective dès lors que les modalités de la visite sont clairement indiquées dans le règlement de la consultation et respectent le principe d'égalité entre les candidats. Il convient également de prévoir des modalités de sécurité en raison de la crise sanitaire.

Les visites doivent avoir lieu suffisamment en amont afin de pouvoir répondre par écrit aux éventuelles questions que les soumissionnaires pourraient poser.

L'indication d'une date unique de visite est à éviter car les candidats ne pouvant pas se déplacer le jour de cette visite, ne pourront pas remettre le certificat de visite attestant de cette obligation et verront leurs offres rejetées car irrégulières (TA Rennes, 25 octobre 2010, Sarl PPR « Ekko Redon », n°1003986)

Enfin, il est recommandé de préciser qu'un soumissionnaire, qui est en mesure de justifier par un autre moyen, qu'il dispose déjà d'une connaissance approfondie du site et de ses contraintes, peut être dispensé de cette visite obligatoire sans que son offre soit considérée comme irrégulière (CAA Bordeaux, 7 juillet 2016, n° 14BX02425).



La sélection des candidatures constitue une étape importante dans une procédure de marché public car elle établit le premier contact entre l'acheteur et le candidat.

La sélection des candidatures permet de vérifier que les candidats disposent des capacités professionnelles, techniques et financières nécessaires à l'exécution du marché, et éventuellement de lister les candidats qui seront par la suite admis à présenter une offre.

Conformément aux dispositions prévues aux articles L 2142-1, R 2142-1 à 14 et R 2144-1 à 9 du CCP, l'acheteur se doit de vérifier :

- Que les candidatures ont été reçues dans les délais prescrits ;
- Que les candidats satisfont aux conditions de participation indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation;
- Que les candidats ne font pas l'objet d'une interdiction de soumissionner.

Il convient, par ailleurs, de ne pas confondre les critères de sélection des candidatures et les critères de sélection des offres qui doivent permettre de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Ainsi le critère de l'expérience des candidats ne peut pas être érigé en critère de sélection des offres. En effet, la prise en considération de l'expérience est fondée sur la capacité technique et professionnelle des candidats. Il s'agit d'un critère de vérification de l'aptitude des candidats, qui s'apprécie pour la sélection des candidatures. (CE 11 mars 2013, AP-HP c. / société Détection Electronique Française (DEF) req. n° 364706).

L'acheteur doit veiller à ne solliciter, au stade de la sélection des candidatures, que les éléments permettant d'analyser les garanties et les capacités techniques (moyens logistiques et humains de l'entreprise), financières et professionnelles (références). Il devra analyser obligatoirement et contrôler les 3 catégories de garanties précitées (CE, 29 avril 2011, Garde des sceaux, req. n° 344617).

Les observations de la Commission

La Commission formule régulièrement des observations sur la rédaction des critères de sélection des candidatures qui ne sont pas toujours bien explicités.

C'est ainsi que pour un marché de maitrise d'œuvre, il a été relevé que l'indication dans le RC selon laquelle « les candidatures seront jugées en fonction des capacités professionnelles, techniques et financières indiquées par le candidat » devait être accompagnée par la description détaillée des critères de sélection des candidatures

Pour une meilleure lisibilité il a été proposé d'insérer un article sur la sélection des candidatures qui listera les critères et les pièces nécessaires. Ainsi, les candidats ont juste à se référer à cet article pour avoir connaissance des éléments qu'ils devront fournir et des critères qui seront appliqués.

Pour un marché d'assistance à maitrise d'ouvrage dans le domaine informatique, les CCTP des différents lots exigeaient des justificatifs d'aptitude et de compétence professionnelle sans pour autant les réclamer au stade de la candidature. Aussi, il a été demandé à l'organisme de faire figurer cette exigence dans le RC et dans l'AAPC au titre des capacités techniques et professionnelles requises.

Pour un marché d'assistance à maitrise d'ouvrage, il a été suggéré à l'organisme de préciser le type de références exigées (en lien avec l'objet du marché), de les limiter (par exemple X références minimum et maximum sur 15 pages format A3). Ce formalisme permet de recentrer les références du candidat en lien sur le marché et de gagner du temps dans l'analyse de sa candidature, en le poussant à renseigner ses meilleures références.

L'acheteur peut éventuellement fixer des niveaux minimaux de capacité qui doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution et être portés à la connaissance des opérateurs économiques souhaitant se porter candidat.

Dans ce cas, en vertu de l'article R 2142-2 du CCP, l'acheteur doit pouvoir justifier qu'ils sont proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

S'agissant du chiffre d'affaires minimal exigible, l'article R2142-7 du CCP dispose : « le chiffre d'affaires minimal exigé ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot, sauf justifications liées à son objet ou à ses conditions d'exécution. » Aussi, il été recommandé à un organisme qui demandait que le chiffre d'affaire annuel moyen de l'ensemble des membres du groupement sur les trois derniers exercices soit supérieur ou égal à 3 fois l'estimation du marché de pouvoir le motiver.

Toujours pour le même marché, il était demandé des « chantiers similaires » sur les 10 derniers exercices. Or, en matière de prestations de fournitures et de services, les références demandées doivent en principe être celles des trois dernières années (cf. article 3 de l'arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics). Toutefois, le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatifs à des services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte.

Il a toutefois été indiqué à l'organisme que ces deux exigences pourraient constituer un frein à la concurrence et le priver de certaines candidatures.

Enfin, la commission rappelle régulièrement que les éléments relatifs à la sélection des candidatures ne doivent pas être confondus avec ceux pouvant présider à la sélection des offres. La liste des références présentées ne saurait constituer un critère d'analyse des offres. Les références doivent être examinées au stade des candidatures.



Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dépend du bon choix des critères et de leur pondération qui sont la traduction d'une bonne définition du besoin et d'une bonne méthode de mise en œuvre de ces derniers.

Si l'acheteur public décide de faire usage de sous-critères, il doit porter à la connaissance des candidats leur pondération. Sont à cet égard classiquement qualifiés de sous-critères les éléments « susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres » Ils doivent, dans ce cas, être assimilés à des critères de jugement des offres et être portés à la connaissance des candidats, accompagnés de leur pondération ou hiérarchisation (CE, 18 juin 2010, n°337377, Commune de Saint-Pal-de-Mons).

Il est par ailleurs possible, de demander, pour apprécier la valeur technique de l'offre ou la qualité de l'offre, en tant que sous-critère à pondérer, les moyens techniques et l'équipe qui sera dédiée spécifiquement à la réalisation de la prestation.

Les observations de la Commission

La Commission surveille particulièrement la rédaction et la cohérence des critères et sous-critères de sélection des offres ainsi que leur pondération.

Ainsi des observations ont été formulées à un organisme qui proposait un critère de jugement des offres qui reposait sur la qualité de compréhension de l'environnement et des moyens à mettre en œuvre pour répondre au besoin avec la « présentation d'une note synthétique, qui met en exergue la compréhension de l'organisation et du fonctionnement de la Sécurité Sociale et du système de protection sociale et d'une reformulation de la demande démontrant la compréhension des objectifs et enjeux des prestations attendues. »

Outre le fait qu'une telle note pouvait davantage relever de la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges plutôt que d'un critère de jugement qualitatif de l'offre, ce critère régulièrement utilisé en matière d'achat de prestations intellectuelles pouvait conférer un avantage aux opérateurs économiques titulaires des marchés en cours.

Par ailleurs, il a également été indiqué à cet organisme que demander une « note de présentation de la structure (y compris engagements de service, référencements professionnels, certifications qualité, etc.) et des interlocuteurs dédiés » pour juger de « l'adéquation entres les moyens du prestataire et attendus/niveau d'exigence de l'institut, notamment au regard des enjeux de déploiement. » peut faire confusion avec un élément exigible au stade de la candidature (capacités de l'opérateur économique).

Aussi, afin d'éviter cette confusion, il a été proposé de reformuler la demande, en la dirigeant davantage vers l'adéquation de la réponse du soumissionnaire aux besoins exprimés l'organisme plutôt que sur la capacité des candidats.

L'attention d'un organisme a été appelée sur un critère technique qui comprenait 11 items. Il a été indiqué qu'en l'absence de détermination de sous-critères, chaque item devait avoir le même poids.

Si l'un de ces items est susceptible d'influencer la présentation de l'offre des soumissionnaires, la pondération est obligatoire.

Les critères retenus doivent également être objectifs et suffisamment précis afin de ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire à l'acheteur. Par ailleurs, l'acheteur ne peut se fonder sur une expérience passée pour attribuer un marché public (CE, 29 décembre 2006, Société Bertele SNC, n° 273783.). Ainsi, il a été précisé qu'un modèle de rapport d'analyse passé ne saurait être examiné pour apprécier les offres. Seule la trame du rapport que le candidat s'engage à utiliser pour l'exécution du présent marché pourra être notée. En tout état de cause un tel sous-critère apparaît comme très subjectif et peut être considéré comme discriminatoire.

Pour un marché de maitrise d'œuvre, il a été indiqué qu'un critère sur des références (éléments passés sans lien direct avec la prestation attendue qui sera réalisée) comme critère d'analyse des offres est déconseillée et prohibée par la DAJ et le juge administratif.

Pour un marché de travaux, le sous-critère « méthodologie proposée pour la réalisation des travaux » et sa description correspondent largement au sous-critère « Organisation générale des opérations et Hygiène et sécurité ». l'attention de l'organisme a donc été appelée sur le risque de doublon des éléments pris en compte dans l'analyse. La notion d'organisation générale renvoie justement aux modes opératoires de gestion des difficultés techniques et organisationnelles propres aux chantiers, aux interlocuteurs, analyse des contraintes des sites, etc...

Enfin, des remarques ont été formulées sur la pondération de certains critères. Ainsi pour un marché de travaux, il a été indiqué que si une pondération sur 35 points du critère prix est correcte, au vu du marché et de son montant, il serait préférable de la fixer à 40 points. En effet la méthode du chantier masqué contrebalance bien la prise en compte du prix dans la notation sans que son influence soit déterminante pour l'attribution



Le choix des critères est également l'occasion pour l'acheteur de prendre en compte des aspects environnementaux et sociétaux.

La fiche de la DAJ sur l'examen des offres indique :

L'article R. 2152-7 du CCP retient ainsi parmi les critères possibles : les performances en matière de protection de l'environnement, de développement de l'approvisionnement direct de produits de l'agriculture, l'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité ou encore le bien-être animal. Si de tels critères peuvent être choisis, c'est à la condition toutefois qu'ils soient en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Dans ce dernier cas, le critère doit se rapporter à des ressources susceptibles d'être effectivement mobilisées par le candidat pour l'exécution du marché. Il n'est, par exemple, pas possible d'examiner les offres à l'aune d'un critère relatif à la politique sociale de l'entreprise. L'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale (RSE), apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause, ne respecte pas ces principes. En revanche, le Conseil d'Etat a admis qu'un critère de performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté pouvait être en rapport avec l'objet d'un marché de travaux publics, dès lors que celui-ci était susceptible d'être exécuté au moins en partie par du personnel engagé dans une démarche d'insertion. Dans la mesure où elles concernent les modalités de production des produits, objet du marché, des exigences en matière de commerce équitable peuvent de même être prises en compte [...] ».

Pour introduire de tels critères, il est donc nécessaire de bien connaître l'état du marché en particulier son degré d'implication sur le plan environnemental et social. En effet, il est important d'avoir un nombre suffisant d'entreprises susceptibles de répondre et d'insérer cette préoccupation dans les spécifications techniques.

En revanche, l'intégration de critères relatifs au développement durable et à la responsabilité sociétale reste souvent artificielle car reposant sur du déclaratif qui ne permet pas réellement de différencier les offres. Par exemple, un critère de jugement libellé « mesures prises par la société dans le cadre de la politique développement durable (environnement, cohésion sociale, économie responsable ...) est trop imprécis et sera au surplus, inopérant si les pièces du marché ne comprennent aucune indication sur ces sujets.

Les observations de la Commission

La rédaction des critères portant sur des éléments environnementaux et sociétaux et leur pondération ont souvent fait l'objet de remarques par la Commission.

Lors de l'examen d'un marché d'imprimés, des remarques ont été formulées sur l'utilisation d'un critère portant sur « l'égalité professionnelle homme-femme ».

Il a d'abord été indiqué qu'il s'agit d'un critère encore très peu utilisé en pratique. Peu de retours d'expérience existent en la matière et aucune décision jurisprudentielle de référence n'a été rendue.

Un tel critère doit permettre d'apprécier la qualité d'une action sociale particulière et non la gestion globale d'une entreprise.

Un seul exemple est évoqué par la doctrine : celui d'un marché de la Direction des Achats de l'Etat portant sur l'acquisition d'une solution d'impression et dans lequel les offres étaient notamment jugées sur la proportion de personnel féminin que le candidat entendait affecter à la clause d'insertion définie en amont. La démarche consistant à agir en faveur de l'égalité femmes-hommes ne peut être mise en place que si le secteur économique s'y prête du fait de sa maturité. Elle nécessite une analyse en amont des enjeux du secteur, au besoin en lien avec les organisations professionnelles.

Pour le renouvellement d'un marché concernant des prestations de tierce maintenance applicative, un souscritère « Insertion professionnelle des publics en difficultés » était prévu au titre de l'analyse des offres. Si l'intégration d'un critère de cette nature a été saluée, le caractère facultatif des exigences et le faible poids de celui-ci dans le choix du titulaire (3 points sur les 68 affectés à la qualité technique) a été relevé par le rapporteur qui a indiqué que cette faible pondération ne serait pas très discriminante ni incitative pour les opérateurs économiques.

Aussi, le rapporteur a recommandé à l'organisme d'imposer plutôt un nombre suffisant d'heures d'insertion dans les conditions d'exécution du marché compte tenu de son expérience en la matière. Cela d'autant plus qu'une telle clause, qui n'était toutefois qu'une faculté, avait déjà été mise en œuvre dans le cadre du marché échu. L'organisme a suivi les préconisations du rapporteur.

La Commission souligne qu'une faible pondération d'un critère portant sur des éléments de développement durable ne garantit pas que les objectifs souhaités soient atteints. Il est donc important de donner un poids suffisant au critère choisi.

Ainsi pour un marché concernant des prestations informatiques, il était prévu un sous-sous-critère « *Qualité* de l'offre relative aux contraintes de développement durable » était pondéré à 1%. La Commission a estimé que la dimension « développement durable » de ce marché était peu prise en compte.

Il a été indiqué qu'une pondération à 1% n'est pas suffisamment discriminante pour avoir une incidence sur la mise en concurrence. Il a été conseillé de prévoir une pondération égale au moins à 5%.

Il a également été relevé, dans le cadre d'un marché de travaux qu'une pondération sur 5 points d'un souscritère « Performance de développement durable » n'était pas suffisante pour lui donner de l'importance dans la sélection des offres. Il a donc été recommandé de prévoir une pondération sur 10 points.

Dans le cadre d'un marché portant sur des prestations de services d'acheminement et de distribution des courriers, des observations ont été formulées sur la pondération de 5% d'un critère relatif à la valeur environnementale de l'offre appréciée sur la base des mesures et dispositions prises pour réduire l'impact CO2 des prestations. Il a été estimé en l'espèce qu'une pondération à hauteur de 10 % aurait plus de sens. Il a également été observé que seule la valeur environnementale faisait l'objet d'un critère. En l'espèce, au regard de l'enjeu financier, la Commission a regretté qu'il ne soit pas possible d'obtenir un engagement RSE plus important de la part des opérateurs économiques.

Il en est de même pour les critères portant sur les aspects sociaux. Prévoir un critère social parmi les critères d'attribution des marchés peut inciter de manière transparente les entreprises soumissionnaires à présenter des offres performantes en matière d'insertion professionnelle. Dans ce cadre, il est recommandé de mettre en place une pondération favorisant les offres performantes en matière d'insertion professionnelle (par exemple 10 % ou 20 %) pour ne pas être discriminatoire, mais suffisamment important pour être significatif.

En conséquence, pour un marché de services dans le domaine informatique, une pondération de 5% affectée au critère « modalités de mise en œuvre de la clause d'insertion professionnelle par l'activité économique » est apparue trop faible.

Il a également été rappelé qu'il convient d'annoncer, dès l'avis de publicité, le critère des performances en matière d'insertion professionnelle de tous les publics en difficulté; d'indiquer clairement dans le règlement de la consultation les éléments qui seront pris en compte pour l'appréciation des offres et être en mesure d'apprécier objectivement les offres grâce à une grille d'indicateurs de performances en matière d'insertion professionnelle, de contrôler le respect des engagements pris et prévoir les sanctions dans le CCAP.



Pour le classement des critères, l'acheteur applique une méthode de notation, qui, contrairement aux critères, n'a pas à être précisée dans les documents de la consultation.

Elle consiste à attribuer une valeur chiffrée à une prestation au regard du critère donné, qui doit permettre de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'acheteur choisit librement la méthode de notation qui lui paraît la plus adaptée en veillant toutefois à respecter les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. La méthode retenue ne doit pas conduire à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération

Par ailleurs, afin de faciliter l'analyse des offres, il est recommandé de déterminer, pour la remise d'un mémoire technique ou d'un document particulier, le nombre de pages à transmettre, voire le format du document.

Les observations de la Commission

La Commission regrette que les organismes ne mentionnent que rarement, dans la note de présentation, la méthode de notation qui sera effective pour le jugement des offres.

Il s'agit d'un élément important qui peut conditionner la régularité juridique de la procédure.

Pour un marché d'assistance à maitrise d'ouvrage, une observation a été faite à l'organisme qui souhaitait préciser :« en cas d'égalité des offres, le candidat ayant la meilleure note technique au critère moyens humains mis à disposition pour la bonne exécution des prestations se verra attribuer le marché ».

Il a d'abord été constaté que ce critère n'existait pas et ne correspondait à aucune de ceux de prévus pour la sélection des offres.

Les critères ont été pensés pour départager les candidats sur leurs offres et donc éviter l'égalité afin d'avoir un classement objectif. Prévoir cette éventualité, laisse sous-entendre que l'acheteur pourrait provoquer une égalité dans l'analyse et s'appuyer sur cette clause pour attribuer de manière discrétionnaire le marché. Cette clause est donc contraire aux grands principes de la commande publique et doit être retirée.

Au surplus, le juge pourrait considérer que cette règle ne respecte pas les grands principes de la commande publique

Dans le cadre d'un marché relatif à une assistance technique pour des projets informatiques, la mention suivante pour le critère valeur technique a été prévue :

« Les candidats sont informés que : - sur les sous-critères 1 et 3 l'attribution d'une note inférieure à 30% de la note maximale possible (qui par exemple est de 6,25 points pour le sous-critère 1) entraîne l'irrégularité de l'offre ; - sur le sous-critère 2, l'attribution d'une note inférieure à la moyenne (ex : un profil est noté sur 2 points, il obtient la note de 0,5/2) pour plus de 25% des profils présentés (nombre de profils demandés pris en compte) entraîne l'irrégularité de l'offre. »

Aux termes de l'article L.2152-2 du CCP, une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale. Enfin, les articles L. 2152-1 et R. 2152-6 du CCP précisent qu'après avoir écarté les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées, l'acheteur classe les offres qui n'ont pas été rejetées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution qu'il aura préalablement choisis.

Ainsi, une offre est irrégulière en raison de son contenu : soit parce qu'elle méconnait des obligations légales, soit parce qu'elle est incomplète (absence de pièce non régularisable, ...), en revanche, elle ne saurait être irrégulière en raison de sa notation.

Si l'offre est notée selon la pondération appliquée pour la sélection des offres c'est que cette dernière a été analysée. Or une telle offre, si elle est irrégulière, doit être écartée et donc ne pas être analysée.

Cependant, dans une réponse ministérielle de 2007, il a été précisé que rien n'interdit à l'acheteur de fixer, sur un ou plusieurs critères, une note éliminatoire ou un nombre de points minimal en dessous duquel l'offre classée est écartée, « sous réserve que cet aménagement particulier du classement des offres soit annoncé et qu'il ne soit pas discriminatoire » (Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie publiée dans le JO Sénat du 01/03/2007 - page 457).

En conséquence, au regard de ce dispositif, il a été proposé de remplacer les termes « entraîne l'irrégularité de l'offre » par « l'offre sera écartée », et d'intituler cet encadré : « Note éliminatoire ».

Il a été aussi demandé de retirer ce dispositif ou de le modifier pour prévoir une note éliminatoire globale sur la totalité de l'offre.

Dans le cadre d'un marché d'achat de formations professionnelles, l'organisme a prévu que la note du critère prix sera appréciée sur la base des prix renseignés dans les BPU et à partir des simulations de commandes de prestations, répondant à l'objet de chaque lot et aux différentes typologies d'achats prévues au marché. La Commission a constaté que les simulations ne figuraient pas au nombre des pièces du dossier de consultation des entreprises de telle sorte que les soumissionnaires potentiels ne disposaient pas de l'information leur permettant d'orienter leur offre selon la notation.

Elle a par ailleurs rappelé que le Conseil d'Etat a considéré qu'il est possible pour un acheteur de juger les offres financières à partir d'un détail quantitatif estimatif non communiqué aux candidats (Conseil d'Etat, 16 novembre 2016, n° 401660) selon trois conditions :

- les simulations doivent correspondre à l'objet du marché;
- le choix du contenu de la simulation ne doit pas avoir pour effet de privilégier un aspect particulier de telle sorte que le critère prix soit dénaturé;
- 🔼 la même simulation doit être utilisée pour l'ensemble des candidats.

En conséquence, au vu des pièces du dossier, il a été indiqué à l'organisme qu'il n'était pas garanti que ces conditions soient respectées.



Les modifications d'un contrat, quel que soit leur montant, sont dispensées d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence dès lors que celles-ci ont été prévues dans les documents du contrat initial sous la forme de clauses de réexamen.

L'acheteur doit prévoir dans les documents contractuels initiaux le champ d'application et la nature des modifications envisagées ainsi que les modalités concrètes de leur mise en œuvre.

Une attention particulière doit être effectuée lors de la rédaction d'une telle clause qui doit être précise et sans équivoque.

Deux hypothèses peuvent être distinguées :

La clause de réexamen est rédigée de telle manière que la survenance d'un événement précis entraine une modification dont la teneur a été prévue dans les documents contractuels initiaux. Par exemple pour une clause de révision des prix dont la formule de révision est déterminée dans le contrat initial ou pour la mise en œuvre d'une tranche optionnelle dont les conditions de déclenchement et les conséquences matérielles et financières ont pu être fixées lors de la conclusion du marché. Dans un tel cas, l'acheteur peut mettre en œuvre la clause de réexamen de façon unilatérale puisque l'étendue de la modification a été acceptée par son cocontractant lors de la signature du contrat. Cette décision unilatérale peut être matérialisée par l'envoi d'un courrier. Une telle solution, qui présente l'avantage de la prévisibilité pour les parties, doit être privilégiée lorsqu'elle est envisageable.

La clause de réexamen s'apparente à une « clause de rendez-vous ».

Dans ce cas, il est seulement prévu que la survenance d'un événement précis conduira les parties à renégocier les termes du contrat. Ce qui implique que l'acheteur doit prévoir dans les documents contractuels initiaux les modalités de mise en œuvre de cette négociation. Si les parties s'accordent sur la modification du contrat il sera nécessaire de matérialiser cet accord de volonté dans un avenant. Par ailleurs, le contrat devra prévoir les conséquences sur la poursuite du contrat d'un éventuel désaccord persistant entre les parties.

Les observations de la Commission

Lors de l'examen d'un projet de marché relatif à des prestations dans le domaine informatique des remarques ont été formulées sur les situations prises en compte au titre de clauses de réexamen : la situation de défaillance d'un membre de groupement et les cessions d'entreprise.

S'agissant de la cession de marché issu d'une restructuration d'entreprise, il s'agit bien d'une modification de marché au sens du CCP (article R 2194-6–2°) mais dans ce cas la modification n'intervient pas en application d'une clause de réexamen. Les stipulations relatives aux cessions doivent figurer dans un article ad 'hoc « Cession » du CCAP.

Par ailleurs, il a été relevé que si l'article R 2194-6 1° du CCP vise la substitution de titulaire au titre d'une clause de réexamen, dans le cas d'espèce, la stipulation relative à la défaillance d'un membre du groupement et à la substitution d'un nouvel opérateur choisi par le groupement en cas de liquidation ou d'impossibilité pour l'opérateur de réaliser les prestations devrait à mon sens être supprimée ou a minima précisée. Bien que le fait générateur et les conditions de remplacement aient été décrits, les conditions de ce remplacement ne sont pas suffisamment précises. La rédaction de la clause ne garantit pas que dans ce cas la substitution ne puisse avoir pour effet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Dans un marché d'assistance à maitrise d'ouvrage il a été rappelé qu'une clause de réexamen doit être claire, précise et non équivoque. Elle doit également prévoir les modalités de leur mise en œuvre. Dans le cas d'espèce, il a été demandé à l'organisme d'apporter des précisions sur les points suivants :

- Les « conditions financières », S'agit-il de nouvelles missions supplémentaires ou complémentaires, ou la suppression de certaines missions ? Une Modification de la DPGF ?
- Les « conditions d'exécution du marché », S'agit-il du rajout ou de la suppression des phases ?
- Les « conditions de prolongation de délai », En raison, de la crise sanitaire, ou d'un retard de financement, ou de l'opération de travaux ?
- Quelles seront les modalités de mise en œuvre ? En plus d'un avenant, il convient d'obtenir l'accord du titulaire, cependant, quelles modalités sont mises en place en cas de désaccord ou de refus ? A chaque modification, y aura-t-il la mise à jour d'une nouvelle DPGF ? Le titulaire aura-t-il le droit à une indemnité en cas de suppression d'une mission ou de suspension de la prestation ?



Une clause incitative est une clause incluse dans le contrat de marché public servant à équilibrer les profits retenus de ce marché entre l'acheteur public et son cocontractant. Cette clause n'est pas impérative mais soumise à la volonté des contractants de l'intégrer dans le contrat qui les lie, le but n'étant pas répressif mais visant le quadrillage de la performance financière du marché suivant des détails précisés tels que la nature du marché, les modalités d'application ou encore la date d'exécution du contrat.

L'insertion d'un tel mécanisme s'apprécie au cas par cas et en fonction des intérêts de l'acheteur.

Les clauses incitatives sont introduites dans les marchés en proposant un plafond d'incitations financières pour l'assurance d'une exécution conforme du contrat par les parties contractantes. Elles concernent notamment :

- Le respect d'un délai sous peine de sanctions dans le cas de retard, ou le cas échéant, de l'octroi d'une prime d'avance lorsque l'acquéreur trouve un intérêt particulier par l'exécution du contrat dans un plus court délai.
- La qualité requise pour le marché tout en prévoyant des primes spécifiques pour le dépassement des performances.
- Le respect des quantités prévues pour le marché, par ailleurs la réduction des coûts proportionnels aux dépassements des quantités attendues.

S'agissant des conditions à respecter, le principe est qu'il ne doit pas y avoir de remise en cause du marché. La prime résultant de la clause incitative s'ajoute à la rémunération du prestataire fixée dans le marché. Le simple respect du cahier des charges ouvre simplement le droit au paiement de la prestation, Le titulaire doit donc se surpasser. Par ailleurs, ce procédé ne doit pas remettre en cause le principe de prix définitif ni constituer une part déterminante de la rémunération.

L'objectif doit être en lien avec un engagement contractuel. « L'acheteur ne pourra ni imposer, ni gratifier un engagement qui n'est pas lié à l'objet du marché ». L'atteinte de l'objectif doit être mesurable. « Le caractère mesurable est là pour protéger les parties. Le but est de lever toute ambiguïté sur le versement de la prime ».

Les observations de la Commission

En 2021, la Commission a eu à examiner ce type de clauses, qui restent néanmoins rarement utilisées par les organismes de Sécurité sociale.

Pour un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage il a été considéré que la prime prévue en cas de gain à hauteur minimum de 5% sur l'enveloppe budgétaire estimée dans le cadre de l'APD, n'était pas vraiment incitative et reste limitée.

Une clause prévoyant un calcul selon une certaine fourchette qui viendrait (non pas octroyer une prime) mais augmenter ou diminuer la rémunération du titulaire en fonction du coût de l'APD serait plus appropriée et plus juste. Pour la Commission, ce type de clause est plus adapté et plus classique dans les marchés de maîtrise d'œuvre.

Des remarques ont également été formulées sur la prime prévue pour conserver le même référent / coordonnateur durant toute la durée du projet. Il a été indiqué qu'une prime de 5000 euros (la durée des travaux étant sur 8 ans), pouvait être insuffisante et ne pas dissuader le titulaire de changer de référent en charge de l'opération. En conséquence, il a été estimé qu'une prime de 10 000HT pour la présence du même référent / coordonnateur jusqu'à la remise de l'APD et 10 000HT pour le même référent / coordonnateur durant toute la durée du projet serait plus appropriée.



Les pénalités ont pour but de garantir à l'acheteur le respect par son cocontractant des stipulations contractuelles.

Lorsqu'il prépare la passation de son marché public, l'acheteur doit apporter une attention particulière aux clauses de pénalités. Si celles-ci doivent dissuader le futur titulaire de s'affranchir de ses obligations contractuelles, des pénalités trop fortes peuvent conduire certains opérateurs à renoncer à se porter candidats ou à augmenter leur prix pour couvrir le risque encouru.

Les pénalités ne constituent pas la contrepartie d'une livraison de biens ou d'une prestation de service. Elles sont donc situées hors du domaine d'application de la TVA.

Les pénalités sont fréquemment prévues par l'acheteur pour sanctionner le non-respect des délais d'exécution des prestations par le titulaire du marché. Elles peuvent néanmoins être prévues pour sanctionner la méconnaissance d'autres obligations contractuelles (absence aux réunions de chantier, non remise d'un document prévu au marché, indisponibilité de matériels, violation de clauses environnementales, etc.).

Dans les nouveaux CCAG publiés le 30 mars 2021, les formules de pénalités de retard restent inchangées par rapport aux dispositifs de 2009. En fournitures courantes et services et techniques de l'information et de la communication, elles sont de 1/1 000e par jour de retard. Elles sont moins rigoureuses en travaux, prestations intellectuelles, marchés industriels et maîtrise d'œuvre où leur montant est fixé à 1/3 000e par jour de retard.

En revanche, le montant des pénalités de retard pouvant être appliqué est désormais plafonné à seulement 10 % du montant du marché ou du bon de commande. De plus, le seuil en-deçà duquel le titulaire est exonéré du paiement des pénalités de retard est harmonisé et fixé à 1 000 € dans tous les CCAG. Enfin, afin de renforcer le dialogue entre les parties, les CCAG prévoient la mise en œuvre d'une procédure contradictoire par l'acheteur lorsque ce dernier envisage d'appliquer des pénalités de retard.

Enfin, les acheteurs publics peuvent toujours déroger aux stipulations des CCAG auxquels ils choisissent de se référer par une stipulation expresse dans les documents contractuels.

Les observations de la Commission

Pour plusieurs projets de marchés passés sous l'empire des anciens CCAG, la Commission a indiqué que les pénalités étant cumulables, il est conseillé de les plafonner (par exemple à 30% du montant du bon de commande).

Pour des marchés concernant des travaux d'entretien et de rénovation des immeubles à usage d'habitation et à usage commercial, il a été proposé l'ajout de plusieurs pénalités comme le retard de restitution ou Perte/vol, des clés ou badges d'entrées ; le mauvais comportement du personnel sur le site (personnel qui nuit au bon fonctionnement ou au calme des services), par cas constaté ; locaux et fenêtres non refermées après exécution des prestations ; non extinction des lumières après exécution des prestations

Pour un marché de fourniture de denrées avec prestations de restauration, il a été recommandé de supprimer la possibilité pour l'organisme de se réserver la possibilité de renoncer à tout ou partie des pénalités et de rester sur les dispositions prévues au CCAG.



La résiliation est la décision de mettre fin à l'exécution du marché pour l'avenir, avant son terme normal. Elle emporte cessation de toute relation contractuelle.

Cette décision peut revêtir la forme d'un acte unilatéral émanant de l'acheteur, d'un avenant ou même d'une décision juridictionnelle.

Comme indiqué dans la fiche de la DAJ sur la résiliation dans les marchés publics, le Code de la commande publique évoque six cas de résiliation du contrat : le cas de force majeure auquel fait face l'acheteur ; le cas de faute d'une gravité suffisante du cocontractant, lorsque le contrat est un contrat administratif ; le cas où un motif d'intérêt général conduit l'acheteur à mettre fin au contrat ; le cas où l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification illicite de celui-ci ; le cas de condamnation par la Cour de Justice de l'Union européenne en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit européen et le cas dans lequel le titulaire se trouve placé, en cours d'exécution, dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner.

Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) précisent également différentes hypothèses de résiliation ainsi que la procédure à suivre pour mettre fin au marché public. Le cahier des charges peut donc utilement se référer au CCAG applicable aux prestations en cause, en l'absence de stipulations particulières.

Les observations de la Commission

La Commission a été amenée à rappeler qu'aux termes du CCP (articles L.6 et L.2195-3) et des CCAG, la résiliation pour motif d'intérêt général (comme la théorie de l'imprévision par ailleurs), n'est applicable qu'aux contrats de la commande publique passés par une personne morale de droit public (les caisses nationales, les collectivités, l'Etat, ...).

Néanmoins, et malgré les faibles exemples jurisprudentiels, il apparait néanmoins possible de prévoir de résilier exceptionnellement un marché pour motif d'intérêt général, seulement si la prestation concernée affecte directement la bonne exécution d'une mission de service public confiée à l'organisme (il faut que la prestation ait un lien direct avec la mission de service public de l'organisme). Ainsi, le recours à la résiliation pour motif d'intérêt général ne doit se faire que dans des cas spécifiques et pour lesquels il y a peu de risque contentieux pour l'organisme.

Il convient toutefois de déroger à l'article du CCAG prévoyant la résiliation pour motif d'intérêt général.

LES CONSEILS EN DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

PLUS DE 600 CONSEILS DISPENSÉS
POUR ACCOMPAGNER LES ORGANISMES DE
SÉCURITE SOCIALE DANS LA PRÉPARATION,
LA PASSATION OU L'ÉXÉCUTION DES MARCHÉS
OU AUTRES PROJETS SOULEVANT DES ENJEUX
DE LA COMMANDE PUBLIQUE

CHIFFRES CLÉS 2021

54,5% des demandes pour la branche maladie

622

demandes de conseils

53,4%des demandes
relatives à la passation
des marchés

94,7%des demandes
proviennent du Régime
général

1,8 jour de délai moyen de réponse



622 demandes ont été adressées en 2021 sur la boite ccmossconseils@ucanss.fr.

Par rapport à 2021 (522 demandes) on constate une augmentation de presque 20 % des demandes de conseils (+ 19,1 %)

Si tous les régimes de la Sécurité sociale interrogent le secrétariat, c'est essentiellement le Régime général (famille, retraite, maladie, recouvrement) qui présente la majorité des demandes de conseils (94,7%).

Dans une moindre mesure, le régime agricole et un certain nombre d'organismes tels que le GIE SESAM VITALE, la CAMIEG, la CARPIMKO, la CAVIMAC, la CIPAV et la CRPCEN, ont également sollicité l'offre de service en conseils en droit de la commande publique.

2021	NOMBRE DE DEMANDES	%
Régime général	589	94,7
Régime agricole	12	1,9
Autres organismes	21	3,4
TOTAL	622	100

Au sein du Régime général, compte tenu de son poids au sein de la Sécurité sociale, c'est la branche maladie qui a le plus souvent sollicité l'offre de service en conseils en droit de la commande publique, avec 321 demandes ce qui représente plus de la moitié de l'ensemble des demandes de conseils (54,5 %).

Par rapport à 2021, on note également une augmentation de 32,6 % du nombre de demandes provenant du régime général (242 en 2021).

BRANCHES RÉGIME GÉNÉRAL	NOMBRE DE DEMANDES	%
Maladie	321	54,5
Famille	79	13,4
Retraite	92	15,7
Recouvrement	21	3,5
Autres	76	12,9
TOTAL	589	100



Les demandes de conseils sont très diverses. Néanmoins, elles portent le plus souvent sur les différentes étapes à mener lors du lancement d'une consultation (expression des besoins, choix du montage contractuel ou de la procédure, critères de sélection des offres, régularité des candidatures et des offres etc...) ainsi que sur l'exécution des marchés (avenant, prix, pénalités etc...). Des demandes de modèles de pièces administratives types notamment pour des opérations immobilières ainsi que la vérification de DCE sont également formulées. Enfin, plus ponctuellement des précisions sont souhaitées sur la réglementation relative à la commande publique ou à l'arrêté du 19 juillet 2018.

En 2021, la majorité des demandes a porté sur la passation des marchés (53,4%).

Le reste des sollicitations se répartit entre l'exécution des marchés (22,6%), et dans une moindre mesure la réglementation (12,8%), la transmission de DCE type (6,9%) et la vérification de pièces de DCE (3,8%).



Une synthèse des principales questions soulevées et des réponses apportées est présentée ci-dessous.

Certaines ont été rédigées après avoir sollicité l'avis en collaboration avec la DAJ de Bercy.

Les prestations d'huissiers de justice concernant le recouvrement de créances ne sont pas soumises au code de la commande publique

Selon la fiche rédigée par la Direction des Affaires Juridiques de Bercy sur les marchés de services juridiques : «eu égard au pouvoir de contrainte et de coercition dont disposent les huissiers pour l'accomplissement des activités de signification et de mise à exécution visées au premier alinéa de l'article 1er de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers, ces activités relèvent selon le ministère de la justice de la participation directe à l'exercice de l'autorité publique et donc de l'exception du 8° de l'article L. 2512-5 du code de la commande publique.»

Au 1^{er} alinéa de l'article 1^{er} de cette ordonnance est visé «*le recouvrement amiable ou judiciaire de toutes créances.*»

En conséquence, cette activité relève de la participation directe à l'exercice de l'autorité publique et est donc visée par l'exception du 8° de l'article L 2512-5 du CCP.

Un marché relatif à des prestations d'huissier n'est donc pas soumis aux règles de préparation et de passation des marchés publics prévues par le code de la commande publique.

Il n'y a pas d'obligation de publicité ni de mise en concurrence.

L'acheteur ne peut pas organiser une date supplémentaire de visite préalable du site si le règlement de la consultation l'exclut expressément

En vertu des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats, un acheteur doit respecter les règles de procédure qu'il a énoncées et ne peut les modifier à la demande d'un des candidats. En l'espèce, aucune date de visite supplémentaire ne saurait être prévue.

Si un candidat dépose une offre alors qu'il n'a pas participé à la visite obligatoire, l'acheteur doit écarter l'offre.

En effet, ne comportant pas l'attestation de visite, elle doit être jugée incomplète et ne respectant pas les exigences fixées dans le dossier de la consultation et de ce fait irrégulière au sens de l'article L2152-2 du CCP.

L'offre pourrait toutefois ne pas être écartée si le candidat arrive à établir qu'il avait déjà une bonne connaissance du site.

La jurisprudence CAA Bordeaux, 7 juillet 2016, n° 14BX02425, sociétés Artelia Ville et Transport et Artelia Eau et Environnement permet à un acheteur de retenir l'offre d'une entreprise n'ayant pas réalisé la visite obligatoire si elle peut établir avoir une bonne connaissance du site.

Dans un tel cas, le juge considère que l'acheteur peut s'affranchir des exigences du règlement de la consultation car la fourniture des éléments demandés ne présente pas d'utilité pour l'appréciation de l'offre.

La théorie de l'imprévision n'est pas applicable aux contrats de droit privé de la commande publique

L'imprévision est une théorie jurisprudentielle née de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916, Compagnie générale du gaz de Bordeaux. Elle impose à la personne publique cocontractante d'aider financièrement (par l'octroi d'une indemnité) le titulaire du marché à exécuter le contrat, lorsqu'un événement imprévisible et étranger à la volonté des parties a provoqué le bouleversement de l'économie du contrat. Cette théorie est désormais inscrite à l'article L.6 du CCP et ne s'applique qu'aux contrats administratif passés par des personnes publiques. Par conséquent, la théorie de l'imprévision consacrée par le code et applicable aux marchés publics, ne concerne pas les marchés de droit privé relevant du code de la commande publique.

Même si cette théorie n'est pas opposable aux marchés passés par les organismes de Sécurité sociale, l'article 1195 du Code Civil consacre également la théorie de l'imprévision malgré quelques différences.

Ce dispositif permet de renégocier le contrat en cas de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'une des parties. Toutefois, cet article n'est pas d'ordre public et la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de mettre en œuvre de manière significative cet article souvent écarté dans les contrats classiques.

Ce dispositif est peu adapté et sécurisant pour un pouvoir adjudicateur, et il est surtout défavorable aux entreprises. Pour se prévaloir d'une renégociation du contrat, elles devront prouver que :

- ↑ l'augmentation des prix constitue un «changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat»
- ↑ l'augmentation des prix «rend l'exécution excessivement onéreuse» au regard des commandes et des achats, et que cette dernière «n'avait pas accepté d'en assumer le risque» lors de la conclusion du contrat.

Or les clauses de révision des prix, souvent plafonnées, sont en principe prévues dans les CCAP afin d'envisager une potentielle inflation.

De même, les entreprises spécialisées sur un secteur d'activité connaissent les aléas économiques liés aux matières premières. En outre, cette renégociation du contrat n'a aucune limite et donc serait substantielle. En effet, les parties seraient amenées à modifier les prix et donc le montant du marché à la différence de la théorie de l'imprévision, qui prévoit l'octroi d'une indemnité en raison de l'effet temporaire de l'augmentation des prix.

L'application de cet article du code civil présente trop d'incertitude et paraît contraire aux règles prévues dans le code de la commande publique régissant les marchés des OSS.

En conséquence, il conviendrait d'indiquer aux entreprises que la théorie de l'imprévision prévue par le code de la commande publique n'est pas opposable aux contrats de droit privé relevant de la commande publique. Par ailleurs, les entreprises ne peuvent justifier une augmentation de leurs prix qu'en appliquant les dispositions prévues dans le CCAP (révision des prix).

A noter que les révisions des prix ont lieu, en principe, seulement lors de la date d'anniversaire du contrat. Ces dernières doivent être acceptées par l'acheteur. A titre de rappel, de nombreuses entreprises dans leurs courriers d'informations n'appliquent pas la théorie de l'imprévision, mais décident unilatéralement d'augmenter leurs tarifs sans justifier l'augmentation par l'application d'une formule de révision des prix (qui doit être conforme à vos CCAP). Or une telle décision n'est pas conforme au vu du marché, et doit s'inscrire, soit dans le cadre d'une révision des prix dûment justifiée, soit par un avenant. Ce type de demandes ne sont donc pas recevables en l'état.

Enfin, si les entreprises sont dans une situation économique critique, elles devront le prouver en communiquant tous les éléments possibles. Dans ce cas, il paraîtrait envisageable de se fonder sur l'article R 2194-5 du CCP. La flambée des prix des matières premières étant assimilable aux circonstances imprévues qu'un acheteur ne pouvait pas prévoir.

Ainsi, toute modification exceptionnelle serait plafonnée à 50% du montant initial sur la durée restante du marché.

L'obligation de reprise du personnel ne porte que sur le nombre de salariés nécessaire à la bonne exécution du nouveau marché présentant un périmètre moins important que le précédent

Le transfert des salariés lors d'un changement de titulaire d'un marché intervient, soit lorsque les conditions posées par l'article L. 1224-1 du code du travail sont respectées, soit lorsqu'une convention collective le prévoit (TA Mayotte, ord., 23 décembre 2010, Société SRS, n° 1000475).

Il ressort de l'avenant n° 3 du 26 février 1986 relatif au changement de prestataires de services de la Convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983 étendue par l'arrêté du 2 février 1984 (JONC 17 février 1984), dans sa rédaction actuelle, qu'en matière de restauration collective, « une entreprise qui se voit attribuer un marché précédemment confié à une autre entreprise entrant également dans le champ d'application du présent avenant est tenue de poursuivre les contrats de travail des salariés de niveau I, II, III, IV et V, employés par le prédécesseur pour l'exécution exclusive du marché concerné, dans les mêmes conditions fondamentales d'exploitation ».

Dès lors, sans même vérifier l'application des critères de l'article L. 1224-1 du code du travail, l'introduction d'une clause de reprise du personnel de l'ancien titulaire dans le nouveau marché de restauration collective [...] est obligatoire. Au vu de la formulation très générale adoptée pour l'obligation rappelée au paragraphe précédent, la circonstance selon laquelle [...] restaurant collectif est actuellement fermé du fait de la crise sanitaire et de la résiliation unilatérale du précédent marché par [l'] acheteur n'a pas d'impact sur le respect de cette obligation prévue par la convention collective.

La reprise du personnel de l'ancien titulaire du marché par le nouveau prendra effet au premier jour de l'exécution du nouveau marché, quand bien même le restaurant collectif demeurerait fermé et/ou que l'acheteur déciderait discrétionnairement de faire démarrer le marché à une date qui supposerait une rupture temporelle entre la fin du marché actuel et le nouveau.

Dans tous les cas, [...] l'obligation de reprise du personnel devra figurer dans les documents de consultation, car elle s'imposera également au nouveau titulaire.

Ainsi, au moment de la mise en concurrence, afin de respecter l'égalité de traitement des candidats visé à l'article L. 3 du code de la commande publique, il revient à l'acheteur de communiquer à l'ensemble des candidats les « informations nécessaires à l'établissement (...) d'une offre satisfaisante » (CE, 28 juillet 1999, SA Bouygues et autres, n° 206749), lorsque de telles informations constituent « un élément essentiel du marché » (CE, 19 janvier 2011, Société TEP – Technique d'Environnement et Propreté, n° 340773).

En matière de reprise du personnel, le coût de la masse salariale est qualifiable d'élément essentiel du marché. Dès lors, le pouvoir adjudicateur porterait atteinte au principe susmentionné en refusant de produire, « en les anonymisant, les informations relatives à la charge salariale et en renvoyant leur divulgation à un stade postérieur à la signature du marché, alors que les entreprises sortantes disposaient de renseignements plus précis leur permettant de soumissionner efficacement » (TA Melun, 29 octobre 2010, n° 1007022/2; CE, 16 mars 2011, Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères centre ouest seine et marnais, n° 344329).

Évidemment, l'obligation d'information trouve, en tout état de cause, sa limite dans l'interdiction faite à l'acheteur de communiquer les renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi (tels ceux protégés par le secret commercial et industriel), serait contraire à l'intérêt public, ou pourrait nuire à une concurrence

loyale entre les opérateurs économiques. Il ne peut donc pas être exigé du titulaire sortant qu'il dévoile, par exemple, les informations relatives à sa situation financière, à l'organisation et au fonctionnement de l'entreprise.

La formulation générale retenue pour l'obligation de reprise du personnel dans la convention collective applicable [...] marché renvoie à des marchés exécutés « dans les mêmes conditions fondamentales d'exploitation ». Dès lors que le nouveau marché présente un périmètre moins important que celui de son précédent, il semblerait que cette obligation de reprise puisse ne porter que sur le nombre de salariés nécessaire à la bonne exécution de ce nouveau marché.

En effet, une telle application de cette obligation vise à permettre « l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » visées à l'article L. 3 du code de la commande publique, en n'augmentant pas inutilement le prix du marché pour l'acheteur.

Elle paraît respecter de surcroît la position adoptée par la Cour de Justice de l'Union européenne sur la reprise du personnel dans le cadre d'un nouveau marché au périmètre différent, qui juge que s'« il y a lieu de protéger les intérêts des travailleurs concernés par le transfert, il ne saurait cependant être fait abstraction de ceux du cessionnaire, lequel doit être en mesure de procéder aux ajustements et aux adaptations nécessaires à la continuation de son activité » (CJUE, 9 mars 2006, Werhof, C-499/04, pt. 31; CJUE, 26 mars 2020, ISS Facility Services NV contre Sonia Govaerts, pt. 26).

Les nouveaux CCAG sont applicables aux acheteurs privés

La notion d'acheteur public regroupe différentes catégories dont une correspondant aux acheteurs de droit privé chargés d'une mission de service public (hypothèse 2° de l'article L 1211-1 du CCP).

Au sein de cette catégorie figurent notamment les organismes de Sécurité Sociale et leurs groupements qui, au sens du CCP et de l'arrêté du 19 juillet 2018 portant réglementation des marchés des OSS, sont des acheteurs de droit privé ayant la qualité de pouvoir adjudicateur, ou par exemple d'EDF, qui est un acheteur de droit privé ayant la qualité d'entité adjudicatrice.

Enfin les CCAG précisent bien dans leur préambule que les acheteurs soumis au code de la commande publique sont libres de s'y référer. Les CCAG applique des dispositions du code de la commande publique et tendent vers une

Par conséquent, en tant qu'organisme de droit privé chargé d'une mission de service public, et soumis aux mêmes règles de passation et d'exécution que les marchés publics de l'Etat, un organisme de droit privé chargé d'une mission de service public est un acheteur droit privé pouvant faire référence directement aux dispositions des CCAG.

La notion de norme au sens du code de la commande publique

En vertu de l'article R2111-8 du CCP « L'acheteur formule les spécifications techniques :

1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats ;

2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles ;

3° Soit par une combinaison des deux. »

L'avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics annexé au CCP précise qu'« une norme est une spécification technique adoptée par un organisme de normalisation reconnu pour application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire et qui relève de l'une des catégories suivantes :

- a) Norme internationale : norme adoptée par un organisme international de normalisation et qui est mise à la disposition du public ;
- b) Norme européenne : norme adoptée par un organisme européen de normalisation et qui est mise à la disposition du public ;
- c) Norme nationale : norme adoptée par un organisme national de normalisation et qui est mise à la disposition du public ; »

Les contrats de la commande publique concernés par l'application de l'article 1er de la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République

Le II de l'article 1^{er} de la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République dispose que « Lorsqu'un contrat de la commande publique, au sens de l'article L. 2 du code de la commande publique, a pour objet, en tout ou partie, l'exécution d'un service public, son titulaire est tenu d'assurer l'égalité des usagers devant le service public et de veiller au respect des principes de laïcité et de neutralité du service public. »

Par conséquent, la loi s'applique aux contrats de la commande publique passés par un organisme de Sécurité sociale par lequel il confie à un titulaire l'exécution de tout ou partie d'une mission de service public lié à la Sécurité sociale. Le titulaire doit donc veiller à ce que son personnel respecte les principes de laïcité et de neutralité du service public lorsqu'il participe à l'exécution de celui-ci.

Ainsi, les marchés dans lesquels le personnel du prestataire sera en contact avec les usagers (assurés, allocataires, ...) seront soumis aux grands principes de la République. C'est le cas pour des agents d'accueils mis à disposition par un prestataire, les agents de sécurité, etc...

La DAJ a précisé qu'une circulaire devrait intervenir afin d'accompagner les autorités contractantes dans l'application de ces mesures. Elle permettra également de délimiter plus précisément la notion de « participation à l'exécution de la mission de service public ».

Il est à noter qu'aux termes du III du même article, les contrats en cours d'exécution disposent d'un délai d'un an, à compter du 24 août 2021, pour se conformer à ces dispositions.

L'Association des acheteurs publics (AAP) a proposé un modèle de clause : « Le présent contrat confie à son titulaire l'exécution de tout ou partie d'un service public. Par conséquent, conformément à la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, le titulaire doit prendre les mesures nécessaires permettant : d'assurer l'égalité des usagers vis-à-vis du service public ; de respecter les principes de laïcité et de neutralité dans le cadre de l'exécution de ce service ».

Les offres des entreprises soumises à la TVA doivent être analysées au regard de leur prix TTC, quand bien même des offres concurrentes n'y seraient pas soumises.

L'acheteur doit prendre en compte le coût final qui sera réellement supporté, d'autant plus que les organismes de Sécurité Sociale ne peuvent pas s'exonérer de TVA. Par principe, l'analyse ne devrait pas se faire selon les prix HT, sauf si cela est prévu expressément dans le RC.

Sur la question de la régularité de la méthode de notation du critère prix, la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, dans un arrêt du 15 novembre 2016, a considéré que la méthode de notation était conforme puisque que la méthode de notation des prix pouvait s'apprécier sans considération de la situation particulière de chacune des entreprises candidates.

En l'espèce, le requérant estimait que si deux opérateurs proposaient le même prix HT pour une même prestation alors que l'un était exonéré de TVA, il y a une rupture d'égalité puisque «l'avantage» de l'un n'est pas pris en compte puisque le prix réellement supporté par la collectivité sera différent.

La Cour a précisé que la collectivité ne pouvait pas comparer les prix proposés par chacune des entreprises en ajoutant aux prix proposés hors taxe, la TVA qui sera éventuellement due par la collectivité, sur les prestations. En effet, elle était tenue de respecter la règle de notation prévue dans le marché, le RC prévoyant des remises des offres hors taxes. La CAA a validé ce principe.

Ainsi, cet arrêt n'impose pas expressément que, lorsque des candidats sont susceptibles d'être exonérés de la TVA, la comparaison du prix doit se faire en HT.

Dans une question de l'Assemblée Nationale N°81891 (publiée au JO le : 21/09/2010 page : 10339), la Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi rappelle que : «La collectivité publique doit, pour comparer les offres sur le critère du prix, prendre en compte l'ensemble des sommes que l'opérateur économique met à la charge de l'acheteur. La taxe sur la valeur ajoutée (TVA) constitue un élément du prix supporté par la collectivité publique, que le prix soit stipulé hors taxes (HT) ou toutes taxes comprises (TTC). Par conséquent, la collectivité publique doit tenir compte de son montant, lors de l'analyse des offres. Il en va inversement

lorsque la collectivité publique déduit par la voie fiscale le montant de la TVA ayant grevé le prix des prestations commandées ou pour laquelle la collectivité publique a opté pour l'assujettissement à la TVA.».

La jurisprudence du TA de Grenoble (ordonnance du 7 janvier 2005) citée par la DAJ, ou encore celle du TA de Marseille du 9 juillet 2013, insiste sur le fait que les offres des entreprises soumises à la TVA doivent être analysées au regard de leur prix TTC, quand bien même des offres concurrentes n'y seraient pas soumises.

Il n'est pas possible d'écarter la candidature du titulaire sortant du marché même si ce dernier assigne l'acheteur en justice

Le droit à l'éviction d'un candidat pour manquements sur des marchés antérieurs a été posé par l'arrêt de principe du Conseil d'État, Hôpital départemental Esquirol, en date du 27 février 1987.

Les manquements allégués se doivent, bien évidemment, de reposer sur des éléments écrits (CAA Lyon, 2 octobre 2003, Commune de Saint-Galmier, n° 01LY02331). Par ailleurs, les difficultés d'exécution liées à un précédent marché doivent constituer de réels manquements d'ordre contractuel et ne peuvent se résumer à une incompatibilité d'humeur ou des relations tendues avec le pouvoir adjudicateur (CAA Marseille, 16 mai 2000, Société Rafalli, n° 97MA00916; Dr. adm., fév. 2001, n° 38, p. 23). Enfin, les manquements allégués ne peuvent se fonder sur l'existence d'un contentieux antérieur ou en cours (TA Versailles, 13 mars 1998, Société Quillery environnement urbain, n° 98904).

Cependant, les manquements allégués sur un précédent marché ne permettent pas à eux seuls de justifier l'élimination d'un candidat. La cour administrative d'appel de Paris a jugé, dans son arrêt Société Gar du 2 octobre, que « d'autre part, [...] chacune de ces entreprises présente toutes les garanties techniques et financières suffisantes pour exécuter le marché en cause ; que, pour évaluer ces garanties, la commission d'appel d'offres ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier de telles garanties ».

Cette ligne jurisprudentielle implique bien une analyse globale de la candidature, quand bien même le pouvoir adjudicateur soulève des manquements antérieurs, tout comme elle suppose de se fonder, pour écarter un candidat sur l'analyse de ses capacités professionnelles, techniques ou financières.

Dans le cadre d'une procédure adaptée, les critères d'analyse des offres doivent être identiques à toutes les phases (sélection des candidats admis à négocier et choix de l'offre finale).

Dans le cadre d'une procédure adaptée, la libre détermination des modalités de mise en concurrence confère aux acheteurs de larges marges de manœuvre. Le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de passation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux opérateurs économiques d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre.

Il est tout à fait possible de limiter le nombre d'offres admis à la négociation sans avoir mis en œuvre un premier tour de négociation.

Toutefois, les critères qui vont servir au premier classement des offres reçues, à l'issue duquel seules certaines seront admises à participer à la négociation, doivent être strictement identiques à ceux utilisés pour la détermination de l'attributaire final, conformément au principe d'égalité de traitement des candidats rappelé à l'article L. 3 du CCP.

Lorsque la plate-forme rencontre des dysfonctionnements empêchant les entreprises de déposer leurs plis dans les délais, la procédure doit être abandonnée

Comme indiqué à la rubrique A16 du Guide très pratique de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs (rédigé par la DAJ de Bercy), «L'acheteur est responsable vis-à-vis des opérateurs économiques candidats ou soumissionnaires de la sécurité et du bon fonctionnement des échanges électroniques. Si la plate-forme est indisponible, particulièrement dans les heures précédant l'heure limite de remise des candidatures ou des offres, l'acheteur doit recommencer la procédure.»

Des dysfonctionnements empêchant les entreprises de déposer leurs plis dans les délais posent un problème au regard des grands principes de la commande publique que sont la liberté d'accès à la commande publique, la transparence des procédures et l'égalité de traitement des candidats. Un recours pourrait notamment être formé par des entreprises n'ayant pu candidater.

En conséquence, dans ce cas de figure, la procédure doit être recommencée. Il convient donc de déclarer la procédure en cours sans suite pour motif d'intérêt général, à savoir l'existence d'un risque juridique.

Une mise en concurrence doit être organisée pour passer un marché portant sur un service de médecine du travail

En vertu du 3° de l'article R2123-1 du CCP, les acheteurs publics peuvent «recourir à une procédure adaptée pour passer un marché ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste figure dans un avis annexé au présent code, quelle que soit la valeur estimée du besoin.»

Cet avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques comporte une catégorie n°1 regroupant les services sanitaires, sociaux et connexes.

Y figurent notamment les services de santé et les services sociaux correspondant aux codes CPV 85000000-9 à 85323000-9 dont le code CPV 85147000-1 correspondant aux services de médecine du travail.

Ces services sont soumis au droit de la commande publique mais peuvent faire l'objet d'une procédure adaptée quel qu'en soit leur montant.

En vertu de l'article L 2123-1 du CCP, « une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique et des dispositions du présent livre, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée. »

Sauf dans l'hypothèse d'un marché de très faible montant (moins de 40 000 euros HT et pouvant être passé sous forme d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence), une mise en concurrence est donc nécessaire.

Il n'est pas possible de recalculer la rémunération du maître d'œuvre lorsque le montant des travaux résultant de la consultation des entreprises est inférieur à celui sur la base duquel son forfait définitif de rémunération a été calculé

La rémunération du maître d'œuvre devient définitive à l'issue de l'APD, lorsque le maître d'œuvre a pu établir lui-même un coût prévisionnel des travaux, coût sur lequel il est tenu de s'engager.

La réglementation prévoit que le contrat peut inclure deux «leviers» de vérification du respect de cet engagement à garantir le coût des travaux.

Deux seuils de tolérance peuvent être prévus, l'un qui sera activé à l'issue de la passation des contrats de travaux, l'autre à l'issue de l'exécution complète des travaux.

Les textes se bornent à envisager le cas d'une augmentation du coût global des travaux et jamais sa diminution.

Or, si le forfait de rémunération du maître d'œuvre est réputé définitif à l'issue de l'APD et qu'il ne peut, en principe et sans demande de travaux supplémentaires du maître d'ouvrage, donner lieu à une majoration en cas d'augmentation du coût des travaux, il reste intangible même si le coût des travaux est inférieur au coût arrêté par le maître d'œuvre lors de l'APD.

Ainsi lorsque le montant des travaux résultant de la consultation des entreprises est inférieur à celui sur la base duquel le forfait définitif de rémunération du maitre d'œuvre a été calculé, il n'est pas possible de recalculer sa rémunération sur la base du montant des travaux notifiés au titulaire du marché de travaux. Il convient de maintenir sa rémunération sur la base de la phase APD.

Le maître d'œuvre n'a pas le droit à une rémunération complémentaire pour les travaux indispensables supplémentaires qui sont de sa faute

Le Conseil d'Etat (dans un arrêt «Babel» du 29 septembre 2010, n°319481) a précisé les règles relatives à la rémunération forfaitaire du maître d'œuvre en cas de « missions ou prestations non prévues au marché de maîtrise d'œuvre, non décidées par le maître d'ouvrage » si « elles ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art ».

Les prestations indispensables qui résultent des imprudences ou d'une faute du maître d'œuvre sont naturellement de nature à exclure tout droit à rémunération complémentaire (voir en ce sens CAA Paris 20 mars 2012, SARL d'architecture, req. n° 10PA01497 ou CAA Bordeaux 27 mars 2012, SARL Agence Saint Projet, req. n° 11BX00901).

En cas de différend sur le caractère indispensable des prestations supplémentaires lui donnant droit à une rémunération complémentaire, c'est le maître d'œuvre qui, par principe, doit prouver le caractère indispensable des prestations (comme récemment rappelé par la Cour d'Administrative d'Appel de Nantes dans une décision du 21 février 2013, SARL Robert Mander, req. n° 11NT01113).

En revanche, en tant que maître d'ouvrage, l'acheteur doit payer l'entreprise du lot concerné pour la réalisation des travaux supplémentaires indispensables (voir en ce sens CE, 20 décembre 2017, communauté d'agglomération du Grand Troyes, Req. n°401747).

En cas de litige avec le maître d'œuvre en raison d'une faute de celui-ci, il est possible de se retourner contre ce dernier (le maître d'œuvre) pour qu'il assume financièrement le coût de travaux supplémentaires indispensables. Le Conseil d'Etat a reconnu et précisé cette faculté pour le maître d'ouvrage dans une décision du 20 décembre 2017 n°401747.

Le maître d'ouvrage peut alors appeler le maître d'œuvre en garantie pour régler les sommes dues au titulaire lorsque la nécessité de leur réalisation est apparue après la passation du marché de travaux, dans les deux cas suivants :

- Premier cas de figure : non seulement les travaux sont imputables à une mauvaise estimation initiale du maître d'œuvre, mais le maître d'ouvrage aurait, de surcroît, renoncé à son projet ou il aurait modifié celui-ci s'il avait été informé en temps utile du coût réel qu'aurait l'ouvrage.
- Second cas de figure: une faute de conception (ou encore de suivi du chantier) commise par le maître d'œuvre a entraîné, non seulement la réalisation de travaux supplémentaires indispensables, mais également des surcoûts qui n'auraient pas été exposés sans cette (ou ces) fautes.

Cependant, le simple fait d'une erreur de conception ayant induit des travaux, non prévus initialement, ne suffit pas à engager la responsabilité du maître d'œuvre et donc à l'appeler en garantie. Par exemple pour des travaux pouvant être indispensables, la question de l'existence d'un préjudice ne va pas de soi (voir en ce sens Cour administrative d'appel de Bordeaux, 19 juin 2014, n° 12BX01945).

Pour demander réparation, l'acheteur doit établir que la réalisation de travaux non prévus initialement lui a causé un préjudice via des surcoûts qui n'auraient pas été exposés sans cette (ou ces) faute (s) du maître d'œuvre. Dans ce cas, il sera fondé à appeler en garantie le maître d'œuvre.

Ainsi:

- ➡ Il faut démontrer que le montant de l'ensemble des travaux qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage (ce montant étant donc le surcoût) dans les règles de l'art, était supérieur au coût qui aurait dû être celui de l'ouvrage si le maître d'œuvre n'avait commis aucune faute. Dans cette hypothèse, la garantie du maître d'œuvre est à hauteur de la différence entre les deux montants précités.
- Il faut également établir que le maître d'ouvrage aurait renoncé à la construction (de l'ouvrage) ou modifié le projet s'il avait su que des travaux supplémentaires étaient indispensables à sa réalisation dans les règles de l'art.

Selon l'hypothèse dans laquelle se situe le maître d'ouvrage, il est important tout d'abord d'acter par avenant au marché de travaux, l'augmentation du coût des travaux supplémentaires indispensables.

Ensuite, il convient d'informer le maître d'œuvre du fait qu'en raison du caractère indispensable des travaux qui sont apparus postérieurement à la passation du marché, il n'aura pas droit à une rémunération complémentaire. Pour cela, il convient par un avenant au marché de maîtrise d'œuvre de prévoir qu'il ne bénéficiera pas d'une rémunération complémentaire en raison de cette augmentation des travaux.

Si le maître d'œuvre refuse et réclame une rémunération complémentaire à ce titre, c'est à lui d'apporter la preuve que les travaux supplémentaires ne présentent pas un caractère indispensable. Or dans le cas contraire (si les travaux supplémentaires sont indispensables) alors il prouvera que ces travaux résultent d'une faute qu'il a commise.

Ensuite le maître d'ouvrage pourra lui opposer que, même si les travaux supplémentaires indispensables sont à sa charge, il a la possibilité d'appeler le maître d'œuvre en garantie. A ce titre il est toujours possible d'essayer de négocier le taux d'appel en garantie du maître d'œuvre en fonction des travaux supplémentaires et de leur coût. Par exemple, il est possible de négocier à l'amiable pour que le maître d'œuvre garantisse à hauteur de 50% la prise en charge des travaux supplémentaires. Dans ce cas, il est également conseillé de recourir à un avenant afin d'acter la solution retenue au marché de maîtrise d'œuvre et de travaux.

Enfin, le maître d'ouvrage peut également s'appuyer sur les pénalités prévues dans le marché comme moyen de pression auprès du maître d'œuvre.

Dans le cadre d'un marché de nettoyage, les laveurs de vitre sont concernés par l'obligation de reprise du personnel

En vertu de l'article 7.1 de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011, les dispositions relatives à la reprise du personnel s'appliquent aux employeurs et aux salariés des entreprises ou établissements exerçant une activité de nettoyage de vitrerie. Aux termes de la convention, cette dernière s'applique « aux employeurs et aux salariés des entreprises ou établissements exerçant une activité relevant des activités classées sous le numéro de code APE 81.2 ».

Le code APE correspondant aux services de nettoyage de vitres (services de nettoyage des vitres des logements et autres bâtiment) est le 81.22.11. La sous-classe 81.22Z : autres activités de nettoyage des bâtiments et nettoyage industriel, comprend les activités de nettoyage spécialisé de bâtiments, telles que le nettoyage de vitres.

Par conséquent, les services de nettoyage de vitres relèvent donc du groupe 81.2 : services de nettoyage, visé par l'article 7.1 précité. L'obligation de reprise du personnel s'applique donc à ces activités.

En cas de non-communication par le titulaire des informations demandées, il conviendrait d'indiquer, lors de la consultation, que malgré la demande de l'organisme, il a refusé de communiquer les informations. Dans les faits, les moyens dont dispose l'acheteur public, le cas échéant, pour imposer la communication de ces informations par le titulaire sortant sont limités.

C'est pourquoi, il est conseillé d'intégrer une clause, dans le futur contrat, obligeant le titulaire sortant à transmettre dans un délai déterminé avant le terme du contrat, les informations que l'acheteur devra communiquer concernant le personnel à reprendre, et d'assortir cette clause des pénalités afférentes en cas de comportement fautif du titulaire sortant sur ce point.

Noter le nombre d'heures affectées à la réalisation des prestations dans le cadre d'un appel d'offres de nettoyage des locaux est irrégulier

En principe, noter le nombre d'heures affectées pour la prestation est problématique (et donc déconseillé) et ne permet pas de déterminer « l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Cette notation au temps passé (variation de la note en fonction du nombre d'heures) s'oppose au savoir-faire du prestataire centré sur une obligation de résultat et peut justifier une irrégularité de la procédure.

Il s'agit de l'hypothèse évoquée dans la décision de la cour d'appel (CAA de PARIS, 6^{ème} chambre, 14/03/2017, 16PA00718). La notation employée revient à juger principalement le prestataire en fonction du nombre

d'heures et considérer ce dernier élément comme déterminant sur le résultat de la prestation réalisée (la pondération étant très importante sur ce sous-critère). Or le nombre d'heure n'est pas le seul élément qui permet de juger de la qualité de la prestation. Ce nombre d'heure va varier d'un prestataire à l'autre selon les méthodes employées ou l'efficacité de ces agents ou le nombre d'agents qu'il affecte à la prestation, leurs qualifications, leur encadrement et leur ancienneté. Ainsi, la prise en compte du nombre d'heures fausse l'analyse en venant écarter les offres entre elles au détriment du résultat de la prestation.

Ensuite, l'importance de la pondération sur ce sous-critère incite fortement les soumissionnaires à construire leur offres financières (même si c'est un forfait) en fonction du nombre d'heure et donc d'assimiler le prix à un coût horaire et donc potentiellement à un prêt de main d'œuvre illicite défini par le Code du travail à l'article L. 8241-1.

Il conviendrait à la place du critère sur le nombre d'heures, de prévoir un critère sur les moyens humains (qualité du personnel de nettoyage et d'encadrement, formations, ancienneté, ..., méthode d'encadrement, de contrôle et vérifications...). Il est également conseillé d'inclure un critère sur le traitement des incidents (remplacement d'un agent en cas d'absence à la dernière minute, gestion des stocks des consommables, ...). Bien entendu, il est toujours possible d'exiger une annexe dans laquelle les soumissionnaires précisent le temps passé (en nombre d'heure ou via un pourcentage) pour réaliser la prestation et l'encadrement. En revanche, il convient de préciser aux entreprises que ces derniers éléments ne seront pas pris en compte pour analyser les offres.

Cette annexe permettra de vérifier la cohérence des offres en fonction des moyens humains et des modalités d'encadrement sur laquelle l'entreprise s'appuie.

Lors de la passation d'un marché de mise à disposition d'une application SAAS (Software As A Service), il n'est possible d'exiger des candidats que le serveur soit hébergé en France que si cette obligation est justifiée par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution

L'accord sur les marchés publics (AMP), adopté dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en 1994 et auquel l'Union européenne (UE) est partie comprend plusieurs règles destinées à ouvrir les marchés publics des Etats.

Disposant d'une valeur juridique supérieure aux directives marchés publics, l'AMP est repris dans les articles 43 et 25 des directives 2014/25/UE et 2014/24UE, lesquels rappellent que « les Etats membres doivent réserver aux opérateurs économiques des signataires (...) un traitement non moins favorable que celui accordé aux opérateurs économiques de l'Union ». Aussi lorsqu'un Etat tiers est partie à l'AMP, ses entreprises ne peuvent pas faire l'objet d'une discrimination en raison de la nationalité.

C'est sur cette base, qu'il existe dans l'attribution des marchés publics, un principe interdisant toute discrimination fondée sur un critère géographique ou d'origine. Une discrimination en raison de la nationalité peut en effet résulter de la solution d'instaurer dans les procédures d'appels d'offres un critère lié à la localisation des ressources utiles à l'exécution des prestations. Les entreprises ayant un site de production en France seraient en effet avantagées, les entreprises d'Etats membres de l'UE ou d'Etat tiers ne pouvant alors rien espérer, sauf à créer un site en France.

Cependant, une obligation d'implantation géographique, si elle est justifiée par l'objet du marché ou par ses conditions d'exécution, peut constituer une condition à l'obtention du marché.

Il a été ainsi admis par la nécessité de pouvoir disposer :

D'une équipe pouvant intervenir rapidement sur le lieu d'exécution du marché afin d'assurer la continuité du service public du réseau routier et d'éviter des ruptures d'approvisionnement, ainsi que de permettre un chargement direct chez le fournisseur (s'agissant d'un marché ayant pour objet la fourniture et le transport de liants hydrocarbonés, exigence que l'usine de fabrication soit située à moins de cent cinquante kilomètres du centre du département d'exécution des prestations, CAA Bordeaux, 25 mai 2004, « société Probinord », req. n°00BX02265).

D'une antenne locale située dans le département d'exécution des prestations, dotée du téléphone et comportant un chef de chantier et dix personnes au minimum, s'agissant d'un marché d'entretien d'espaces verts et de plantations (CE, 14 janvier 1998, « société Martin-Fourquin », req. n°168688).

Pour pouvoir imposer aux candidats que le serveur soit hébergé en France, il est nécessaire de prouver que cette obligation est justifiée par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. A défaut, une telle exigence constituerait une discrimination non justifiée.

\/\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\\	souhaitez	
v O U S	30 dilaitez	

- Des compléments d'informations
- Obtenir des conseils sur la réglementation

Le secrétariat de la CCMOSS est à votre disposition :

Téléphone : 01.45.38.82.63

ccmoss@ucanss.fr

Pour toute demande de conseils en droit de la commande publique ccmossconseils@ucanss.fr

Nous contacter:

Editions Ucanss
6 rue Elsa Triolet
93100 MONTREUIL
ccmoss@ucanss.fr

Conception-rédaction :

Secrétariat de la CCMOSS - Ucanss

Directeur de la publication :

Raynal Le May

